П. ЖИДЪ. (Paul GIDE).

ГРАЖДАНСКОЕ ПОЛОЖЕНІЕ ЖЕНЩИНЫ.

СЪ ДРЕВНѢЙШИХЪ ВРЕМЕНЪ.

(Etude sur la condition privée de la femme).

ПЕРЕВОДЪ СЪ ФРАНЦУЗСКАГО

ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ И СЪ ПРЕДИСЛОВІЕМЪ

профессора Ю. ГАМБАРОВА.

МОСКВА,

1902.

Изданіе магазина „КНИЖНОЕ ДѢЛО“,

Москва, Моховая, № 26, д. Бенкендорфа.

МОСКВА.
Типо-литографія А. В. Васильева и К°, Петровка, д. Обидиной.
1902.

Предисловіе автора къ 1-му изданію.

Настоящее изслѣдованіе есть мемуаръ, представленный въ „Академію нравственныхъ и политическихъ наукъ". Его общій планъ и основныя подраздѣленія указаны программой, начертанной Академіей. Для того, чтобы ознакомить съ этой программой читателя, я не могу сдѣлать ничего лучше, какъ привести слова, сказанныя Ш. Жиро въ засѣданіи Академіи 28 апрѣля 1866 г., по поводу той же программы.

„Академія, по предложенію своей законодательной секціи—говорилъ Ш. Жиро—объявила конкурсъ на сочиненіе о Веллейановскомъ сенатусъ-консультѣ, признавшемъ еще въ первый вѣкъ Римской имперіи недѣйствительными обязательства, заключаемыя женщинами въ пользу другихъ лицъ. Академія предложила соискателямъ по конкурсу изслѣдовать происхожденіе и изложить исторію этого знаменитаго акта, бывшаго столько столѣтій закономъ всего цивилизованнаго міра и остающагося имъ еще во многихъ государствахъ Европы. Соискатели преміи должны были опредѣлить настоящій характеръ этого закона какъ съ политической, такъ и съ чисто-цивильной точки зрѣнія. Имъ ставилась также задача показать, какъ Веллейановскій сенатусъ-консультъ сталъ необходимостью для римскаго общества, какъ онъ связался съ традиціями и законами Республики... Надо было прослѣдить, далѣе, за судьбами этого сенатусъ-консульта въ различныхъ государствахъ, образовавшихся въ Европѣ послѣ распаденія Римской имперіи; указать на испытанныя имъ измѣненія подъ вліяніемъ феодальнаго, ка-

ническаго и обычнаго права европейскихъ муниципій; опредѣлить особенно примѣненіе этого сенатусъ-консульта во Франціи и тѣ варіанты судебной практики, которыхъ онъ сдѣлался предметомъ въ различныхъ округахъ дѣйствія нашихъ парламентовъ. Наконецъ, соискатели преміи приглашались еще изслѣдовать съ экономической, политической и юридической точекъ зрѣнія слѣдующій вопросъ: представляетъ ли возстановленіе системы Веллейановскаго сенатусъ-консульта какія-либо выгоды для современнаго общества, въ смыслѣ ли дополненія этой системой существующихъ учрежденій, или замѣны ею тѣхъ положеній, которыя попали въ наши законы въ виду либо покровительства интересамъ женщины, либо ограниченія ея гражданской правоспособности.

Вдумываясь въ эту программу, не трудно убѣдиться, что Академія предлагала изслѣдовать не просто текстъ обыкновеннаго гражданскаго закона, котораго содержаніе могло бы представиться, вдобавокъ, и ограниченнымъ и спеціальнымъ. Подымаясь мыслью на извѣстную высоту, мы могли бы сказать, что едва ли какая тема заслуживаетъ такого вниманія со стороны друзей науки, какъ настоящая. И въ самомъ дѣлѣ, если Веллейановскій сенатусъ-консультъ представляется съ перваго взгляда только ограничивающимъ гражданскую способность женщины, и ограничивающимъ ее лишь на одинъ спеціальный случай, когда она хочетъ вступить въ обязательство для другого лица, то въ дѣйствительности этотъ сенатусъ-консультъ устанавливаетъ новый принципъ соціальнаго права и организаціи семьи. Данное имъ рѣшеніе трудной задачи принимается также различными новыми народами, хранящими память о римскомъ строѣ и заимствующими какъ его традиціи, такъ и учрежденія.

На памятный конкурсъ, происходившій уже много лѣтъ тому назадъ и обогатившій науку цѣнными работами, Академія поставила общій вопросъ о политическихъ условіяхъ положенія женщины. На настоящій конкурсъ она поставила спеціальный вопросъ о гражданской способности женщины. Веллейановскій сенатусъ-консультъ не входилъ почти въ первую постановку вопроса или затрогивался ею лишь ми-

моходомъ; онъ вошелъ цѣликомъ во вторую постановку, требующую обстоятельнаго изслѣдованія дѣйствительности гражданскихъ обязательствъ женщины въ пользу другого".

Такая одновременно обширная и свѣтлая программа могла быть указана и составлена только мастеромъ науки, и исполненіе ея во всемъ объемѣ требовало бы такъ же руки мастера. Но и писатель-новичокъ могъ найти въ ней вѣрное руководство и твердую опору.

Я встрѣтилъ еще драгоцѣнную помощь, о которой нельзя было бы умолчать, не винясь въ своего рода неблагодарности. Уже 25 лѣтъ назадъ Академія предложила на конкурсъ, какъ упоминаетъ объ этомъ и Ш. Жиро, тему, аналогичную настоящей, и Эд. Лабулэ получилъ тутъ одинъ изъ своихъ первыхъ академическихъ вѣнковъ. Авторъ „*Изслѣдованія гражданскаго и политическаго положенія женщины*" опередилъ меня во многихъ частяхъ моего труда, и его эрудиція, на столько же глубокая, на сколько разноборазная, расчистила во многихъ отношеніяхъ и мой путь.

Обращая мемуаръ въ книгу, я долженъ былъ освободить его отъ множества цитатъ и деталей, имѣющихъ чисто-техническое значеніе. Это—единственное измѣненіе, которое я позволилъ себѣ сдѣлать въ мемуарѣ, такъ какъ, несмотря на всѣ его недостатки, я счелъ себя обязаннымъ сохранить за нимъ ту форму, которая была, какъ бы, освящена самой Академіей. Прикрытый ея высокимъ покровительствомъ, я надѣюсь встрѣтить больше снисхожденія и у читателя.

П. Жидъ.



Предисловіе проф. Эсмена ко 2-му изданію.

Первое изданіе „*Изслѣдованія гражданскаго положенія женщины*" давно исчерпано, тогда какъ репутація и авторитетъ этого сочиненія постоянно растутъ. Рѣдкіе экземпляры, попадающіе мимолетно на книжный рынокъ, достигаютъ высокихъ цѣнъ, и читающая публика, работающее студенчество—выражаютъ часто сожалѣніе о томъ, что этой книги нельзя достать. Подготовивъ теперь ея новое изданіе, мы думали отвѣтить на настоящую и серьёзную потребность.

При перепечаткѣ ничего не измѣнено: текстъ соблюденъ строго въ его изящномъ совершенствѣ, всѣ примѣчанія точно воспроизведены. Но мы считаемся съ успѣхами науки и законодательства за время, отдѣляющее первое изданіе отъ настоящаго. Новыя примѣчанія указываютъ читателю на главные труды, появившіеся въ этотъ промежутокъ времени по изучаемымъ П. Жидомъ вопросамъ; они отмѣчаютъ и измѣненія, происшедшія въ различныхъ новыхъ законодательствахъ, излѣдованныхъ авторомъ. Эти примѣчанія, въ общемъ, очень коротки, но иногда, если приходится имѣть дѣло съ новыми и важными изслѣдованіями или съ крупными законодательными реформами, мы дѣлаемъ о тѣхъ и другихъ, въ концѣ соотвѣтствующихъ имъ главъ книги автора, особыя сообщенія *).

Вслѣдъ за „*Изслѣдованіемъ гражданскаго положенія женщины*" мы печатаемъ въ настоящемъ изданіи еще двѣ мо-

---

*) Примѣчанія и сообщенія, принадлежащія г. Эсмену, будутъ стоять подъ *звѣздочкой* (*).

нографіи П. Жида, имѣющія отношеніе къ тому же порядку идей: это—изслѣдованіе *„о характерѣ приданаго въ римскомъ правѣ“* и изслѣдованіе *„о положеніи незаконнорожденныхъ дѣтей и конкубины въ римскомъ правѣ“* **).

Наконецъ, мы предпосылаемъ печатанію названныхъ изслѣдованій краткую характеристику жизни и всего дѣла автора, котораго не перестаемъ оплакивать.

А. Эсменъ.

Поль Жидъ.

(1832—1880).

Поль Жидъ умеръ въ Парижѣ 28 октября 1880 г. во всей силѣ лѣтъ и въ полномъ цвѣтѣ таланта,—въ тотъ моментъ, когда его преподаваніе и сочиненія уже обезпечили за нимъ въ нашихъ школахъ и въ ученомъ мірѣ какъ Франціи, такъ и остальной Европы, вполѣ заслуженный и неоспоримый авторитетъ. Тѣ, кого онъ былъ учителемъ, товарищемъ или другомъ, не забудутъ его оригинальной и тонкой личности. Я не имѣю претензіи оживить ее здѣсь; но если моя рука не слишкомъ неловка, я хотѣлъ бы намѣтить, по крайней мѣрѣ, ея выдающіяся черты и сказать въ немногихъ словахъ, какова была жизнь этого человѣка, такъ полезная и такъ короткая.

I.

Поль Жидъ родился 15 мая 1832 г. въ городѣ Юзесъ (Uzès въ департаментѣ Gard). Въ тѣсныхъ предѣлахъ этого маленькаго провинціальнаго городка прошли его дѣтство и первая молодость. Отецъ Жида, президентъ суда въ Юзесѣ былъ строгій протестантъ, одинъ изъ тѣхъ гугенотовъ прежняго времени, какіе встрѣчаются еще теперь на югѣ Фран-

---

**) Переводъ этихъ монографій опускается изъ настоящаго русскаго изданія вслѣдствіе ихъ спеціальнаго характера и исключительнаго отношенія къ римскому праву.

ціи. Для этого глубоко религіознаго человѣка личное руководство воспитаніемъ сына было строгимъ долгомъ: онъ хотѣлъ, чтобы сынъ росъ и учился на его глазахъ. Дѣтство Поля Жида протекло серьезно и почти уединенно, такъ какъ отецъ позволялъ ему съ трудомъ дружиться или заводить какія-либо внѣшнія отношенія. И это воспитаніе оставило глубокій слѣдъ: оно поставило Жида на ту нравственную высоту и дало ему тѣ разсудочныя способности, которыя его постоянно отличали. Оно объясняетъ также его сдержанность, на видъ, какъ бы, холодную, робкую и нѣсколько стѣсненную манеру держать себя и даже привычное положеніе головы, слегка наклоненной: эту привычку можно было бы приписать памяти объ уважаемомъ авторитетѣ, направлявшемъ его молодость.

Онъ получилъ классическое образованіе въ самомъ Юзесѣ, въ небольшомъ коллежѣ. Но настоящаго учителя онъ находилъ дома: отецъ обращался для него въ просвѣщеннаго и неутомимаго репетитора, усердіе котораго не останавливалось ни передъ чѣмъ, и для судьи въ Юзесѣ было немалой честью содѣйствовать сформированію такого ученика.

По окончаніи средняго образованія, П. Жидъ началъ изучать право. Онъ вступилъ на юридическій факультетъ въ Э (Aix), но отецъ не далъ ему водвориться въ этомъ городѣ: онъ оставилъ его около себя и направлялъ юридическія занятія сына такъ же, какъ онъ руководилъ его классическимъ образованіемъ. Поэтому П. Жидъ не пользовался могучимъ подспорьемъ устнаго преподаванія: его единственными учителями были его книги и его отецъ. Это не путь, который слѣдуетъ указывать молодежи, но ему, быть-можетъ, Жидъ обязанъ нѣкоторыми изъ своихъ блестящихъ качествъ. Въ уединенныхъ занятіяхъ его мысль концентрировалась въ себѣ и получала болѣе силы; привычка къ личному труду развивала независимость ума. Въ досуги, оставляемые спокойной жизнью маленькаго города, онъ уже началъ собирать сокровища своей обширной и вѣрной эрудиціи. Конкуррировать на каѳедру въ Парижѣ онъ поѣдетъ прямо изъ Юзеса, и мы узнаемъ отъ достовѣрнѣйшаго свидѣтеля, что „онъ пріѣхалъ туда, сильный знаніемъ, почерпнутымъ изъ источ-

никовъ и укрѣпленнымъ близостью съ хорошими авторами,—ознакомленный уже и съ нѣмецкой эрудиціей, изъ которой ему удастся впослѣдствіи сдѣлать употребленіе, столь выгодное для дальнѣйшаго движенія науки [1]."

Если Жидъ не посѣщалъ курсовъ юридическаго факультета въ Э, то онъ поддерживалъ, сколько могъ, сношенія съ этимъ факультетомъ. Не довольствуясь простой инскрипціей и держаніемъ экзаменовъ передъ нимъ, онъ принималъ участіе въ открываемыхъ для студентовъ конкурсахъ, и успѣхи, которые онъ одерживалъ на нихъ, показывали, что, слѣдуя другому пути, чѣмъ его товарищи, онъ вовсе не давалъ имъ опережать себя. Въ 1853 г. онъ получилъ первую награду по римскому праву на кандидатскомъ конкурсѣ; ему досталось первая золотая медаль и на докторскомъ конкурсѣ за сочиненіе „о средствахъ освѣдомленія третьихъ лицъ съ переходами собственности на недвижимость, — сочиненіе по исторіи и практикѣ права, гдѣ уже мастерски разсматривалась теорія оглашенія переходовъ собственности, преимущественно, въ римскомъ правѣ [2]". Въ 1855 г. онъ получилъ степень доктора съ тезой „о законной наслѣдственной долѣ по римскому, древне-французскому праву и кодексу Наполеона [3]". Впослѣдствіи Жиду не нравился этотъ первый трудъ его молодости, этотъ *chef-d'oeuvre* ученика, изготовленный для того, чтобы сдѣлаться мастеромъ. У меня передъ глазами принадлежащій лично ему экземпляръ этого труда, на которомъ широкія отмѣтки карандашомъ подчеркиваютъ упреки, обращенные зрѣлымъ человѣкомъ къ юношѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что Жидъ былъ сначала увлеченъ, какъ это бываетъ часто съ новичками, догматической и абстрактной стороной науки права: онъ старался связать между собою различныя юридическія правила — такъ, какъ связываются части какой-нибудь математической задачи. Это бросается въ глаза, особенно въ той части тезы, которая посвящена римскому праву. Но мысль уже сильна, и тамъ, и

---

[1]) Бюфнуаръ. *Некрологическая замѣтка о П. Жидѣ. Revue internationale de l'enseignement*, т. I, 1881, стр. 176.

[2]) Бюфнуаръ въ ук. м., стр. 176.

[3]) Aix. Typographie Nicot.

сямъ, попадаются такіе пріемы изложенія, которыми будущій профессоръ воспользуется съ огромнымъ успѣхомъ. Несовершенна на нѣкоторыхъ мѣстахъ и часть, относящаяся къ древнему французскому праву; но здѣсь авторъ былъ предоставленъ исключительно самому себѣ, и внимательное изслѣдованіе текстовъ, точная, доходившая до мелочей, разборка источниковъ обычнаго права обѣщали сдѣлать изъ него способнѣйшаго работника и въ трудной области исторіи права.

Во всякомъ случаѣ Жидъ зашелъ уже слишкомъ далеко въ своихъ теоретическихъ занятіяхъ, чтобы не подумать остановиться на нихъ, въ видѣ профессіи. Къ этому представился и благопріятный случай. Новый порядокъ конкурсовъ на каѳедры юридическихъ факультетовъ (concours d'agrégation) призывалъ въ Парижъ соискателей на эти каѳедры со всѣхъ концовъ Франціи. Жидъ рѣшилъ представиться на конкурсъ, что̀ было актомъ его собственной воли, такъ какъ никакого ободренія на него онъ не встрѣтилъ, повидимому, ни въ своей семьѣ, ни среди своихъ факультетскихъ учителей въ Э [1]). Его кажущаяся робость скрывала сильную волю и твердый умъ. Онъ пріѣхалъ на конкурсъ безъ всякой спеціальной подготовки, не пріобрѣтя притомъ навыка и къ публичной рѣчи. Но несмотря на всю неопытность, онъ привлекъ къ себѣ вниманіе судей [2]) и уваженіе конкуррентовъ. Одинъ изъ этихъ послѣднихъ,

---

[1]) Вотъ что писалъ Jules Abouzit, судья въ Юзесѣ, въ помѣщенной имъ о Жидѣ статьѣ на столбцахъ журнала Юзеса 31 окт. 1880 г.: „Въ эту эпоху,—и я вспоминаю объ этомъ съ чувствомъ радости и горечи въ одно и то же время,—отецъ Жида, далеко не преувеличивавшій тогда уже очевидныхъ достоинствъ своего сына, согласился на избраніе имъ академической карьеры, благодаря, по крайней мѣрѣ, отчасти, совѣтамъ моей преданной дружбы". Жидъ питалъ всегда чувство искренней признательности къ этому старому другу дома, сумѣвшему угадать въ немъ человѣка, которымъ онъ долженъ былъ сдѣлаться, и оказавшему ему нравственную поддержку въ этотъ рѣшительный моментъ его жизни.

[2]) Конкурсъ былъ на 9 мѣстъ и открылся 3 ноября 1856 г. Членами жюри, или судьями, были: Laferrière (президентъ); Pellat, Delpech, Aubry, Taulier, Plougoulm, Pascalis, Valette, Oudot, Blanche, Bonneville de Marsangy. Жидъ былъ объявленъ допущеннымъ къ окончательному испытанію.

признанный первымъ на этомъ первомъ по новому закону конкурсѣ и знаменитый теперь ученый *), блистательно подтверждаетъ это впечатлѣніе слѣдующимъ свидѣтельствомъ. „Съ перваго своего появленія, — говоритъ Бюфнуаръ,—онъ произвелъ сильное впечатлѣніе на своихъ конкурентовъ того времени, и я сохранилъ объ этомъ впечатлѣніи ясную память, подтверждаемую и сдѣланными мною тогда замѣтками; перечитывая эти послѣднія, я поражаюсь теперь, вѣроятно, болѣе, чѣмъ тогда, всѣмъ тѣмъ, что было личнаго и оригинальнаго въ этомъ умѣ, пробивавшемъ черезъ избитыя дорожки свой собственный путь. Если ему не удалось получить по этому же первому испытанію званіе, которое должно было открыть передъ нимъ поприще высшаго преподаванія, то произошло это только потому, что онъ не обладалъ еще нѣкоторыми чисто внѣшними качествами, оставленными до того безъ развитія [1]).“

Жидъ вернулся въ Юзесъ. Онъ вошелъ снова въ среду, которая его образовала, и началъ трудиться надъ тѣмъ, что должно было исправить его почетную неудачу. Онъ получилъ не безъ затрудненія нѣсколько неважныхъ дѣлъ въ судѣ, но не этимъ путемъ ему пришлось добиться твердой и гибкой рѣчи. Ареной его новыхъ занятій стала опять семья. Три раза въ недѣлю въ продолженіе цѣлаго года отецъ задавалъ ему темы для лекцій, которыя онъ готовилъ въ теченіе 4-хъ часовъ, какъ это должно было происходить на первомъ устномъ испытаніи при конкурсѣ, затѣмъ вечеромъ, передъ всей семьей, онъ произносилъ свою лекцію и выслушивалъ замѣчанія, дѣлаемыя ему отцомъ (эти подробности мнѣ переданы его братомъ, извѣстнымъ экономистомъ, бывшимъ тогда ребенкомъ). Это удивительное терпѣніе не могло остаться безъ награды: на слѣдующій конкурсъ, открывшійся въ 1858 г. [2]), онъ высту-

*) Рѣчь идетъ о профессорѣ Парижской Ecole de droit Бюфнуарѣ, умершемъ въ 1898 г.

[1]) См. указ. соч., стр. 176.

[2]) Конкурсъ былъ открытъ на 9 мѣстъ, распредѣленныхъ слѣдующимъ образомъ: одно — для Парижскаго факультета, по два — для факультетовъ въ Пуатье и Реннѣ; по одному—для факультетовъ въ Каанѣ (Caen), Греноблѣ, Страсбургѣ и Тулузѣ.

пилъ вооруженный съ головы до ногъ, и судьи, которымъ уже ничего не закрывало его могучаго и тонкаго таланта, предоставили ему единогласно первое мѣсто [1]).

Я разсказалъ съ нѣкоторыми подробностями первую часть жизни Жида потому, что изъ нея вытекаетъ глубокое поученіе. Она показываетъ, какъ много могутъ сдѣлать личный трудъ и индивидуальное усиліе: они ведутъ ко всему, и безъ нихъ ничто не плодотворно.

II.

Принятый первымъ на конкурсѣ, Жидъ получаетъ назначеніе въ Парижскомъ факультетѣ; но его профессура начинается въ провинціи. Онъ читаетъ по спеціальному порученію курсъ административнаго права въ Гренобльскомъ факультетѣ. По возвращеніи черезъ два года въ Парижъ, онъ долго еще ждетъ здѣсь случая занять каѳедру. Тогда не существовало большинства дополнительныхъ курсовъ, открывающихъ теперь такъ быстро доступъ къ публичному преподаванію такъ наз. agrégés, т.-е. профессорамъ, не занимающимъ спеціальныхъ каѳедръ. Поэтому до 1866 г. большой талантъ Жида не могъ быть утилизированъ ни для чего, какъ для неблагодарнаго экзаменаціоннаго труда и частныхъ практическихъ занятій, мало привлекавшихъ къ себѣ тогдашнихъ студентовъ. Но это вынужденное бездѣйствіе не было безплодно: Жидъ дополнялъ свою эрудицію и произвелъ нѣсколько трудовъ, установившихъ его репутацію ученаго.

Въ 1866 г. онъ началъ преподавать римское право, въ качествѣ помощника Пелла̀, и сохранялъ это положеніе до 1870 г.; въ этотъ годъ онъ занялъ самостоятельно другую каѳедру римскаго права, которую занималъ до того Деманжа̀, назначенный совѣтникомъ въ Кассаціонный судъ. И преподаваніе Жида стало крупнымъ событіемъ въ жизни нашихъ университетовъ. Никто до него не примѣнялъ съ такой рѣ-

---

[1]) Жюри было составлено изъ президента Лаферіера и членовъ: Pellat, Delpech, Aubry, Foucart, Demolombe, Pascalis, Laborie, Plougoulm.

шительностью историческаго метода къ изученію римскаго права. Правда, что движеніе, вызванное еще въ началѣ XIX в. открытіемъ иституцій Гая, осталось не безъ вліянія и на нашу науку. Тираническое господство Юстиніановыхъ институцій было давно отвергнуто; забытъ былъ мало-помалу и законъ 22 вентоза XII-го года Республики, предписывавшій преподаваніе римскаго права только въ его связи съ французскимъ. Но въ этомъ обновленіи римскаго права искали только, въ ихъ чистотѣ—юридическихъ нормъ классической эпохи; хотѣли возстановить, въ ихъ первоначальномъ смыслѣ и значеніи,—лишь тексты дигестъ. Жидъ двигалъ это дѣло въ другомъ направленіи: онъ старался высвободить изъ текстовъ духъ римскаго права и придать жизнь этому мертвому законодательству.

Учрежденія права представляютъ собою не искусственныя произведенія законодательства или судебной практики: матеріаломъ для нихъ служатъ простыя и основныя идеи отечества, семьи, овладѣнія имуществомъ, равно какъ и законныя потребности оборота среди людей. Право получаетъ этотъ матеріалъ и облекаетъ его въ ту или иную форму. Законы, обычаи, судебная практика осуществляютъ только юридическія комбинаціи, выражающія эти идеи и удовлетворяющія этимъ потребностямъ, и задача юриста состоитъ въ томъ, чтобы примѣнять къ безчисленнымъ фактамъ жизни тѣ же юридическія комбинаціи и приспособлять ихъ, если это возможно, какъ къ измѣненіямъ идей, такъ и къ запросамъ новыхъ потребностей. Римскіе юристы исполняли эту задачу съ совершенствомъ, которое никогда не было превзойдено. Но чтобы понять это, римскихъ юристовъ нужно брать, такъ сказать, вмѣстѣ съ воздухомъ, которымъ они дышали, и возстановлять тѣ факты и идеи, съ которыми они имѣли дѣло [1]). Жидъ дѣлалъ это превосходно, откуда не

[1]) См. „*Замѣтку о Машеларѣ*", написанную Жидомъ и опубликованную послѣ его смерти; онъ слишкомъ скоро сошелъ въ могилу за товарищемъ, о которомъ судилъ такъ хорошо. „Для него (т.-е. Машелара) римское право было не теоретической концепціей, не логической цѣпью опредѣленій и формулъ; оно было живой дѣйствительностью, произведеніемъ юриспруденціи и практики; для пониманія и объясненія его слѣдовало имѣть здоровый смыслъ практика". *Nouvelle Revue historique*, 1880, т. IV, стр. 767.

слѣдуетъ, однако, того, чтобы онъ пренебрегалъ юридической стороной учрежденій или обращалъ курсъ римскаго права въ рядъ этюдовъ по древностямъ и нравамъ римлянъ. Никто болѣе него не старался установить тѣ или другія положенія права въ ихъ технической точности: его монографіи, обратившія на себя общее вниманіе, посвящались всегда строго формулированнымъ вопросамъ права и, такъ сказать, вопросамъ школы. Но онъ постепенно сближалъ положенія права съ тѣми соціальными концептами, которые находили свое выраженіе въ правѣ, и старался показать, почему и какъ то или другое учрежденіе права мало-по-малу преобразовывалось и измѣняло свою природу.

Такимъ образомъ, римское право какъ бы молодѣло въ рукахъ Жида и представляло еще въ его преподаваніи много другихъ притягательныхъ сторонъ. Это преподаваніе предлагалось въ такой совершенной формѣ, что, можно сказать, искусство композиціи и выраженія рѣдко достигало подобной высоты. Часто замѣчали, что голосъ Жида былъ нѣсколько слабъ и въ обширныхъ аудиторіяхъ выдавалъ иногда усталость. Но сколько драгоцѣнныхъ качествъ выкупали этотъ недостатокъ голоса!

Нерѣдко случается, что дѣти Лангедока и Прованса берутъ отъ своего родного солнца весь его свѣтъ, не заимствуя его страстной теплоты, и ихъ рѣчь отличается тогда странной прелестью. Такова именно была рѣчь Жида. Свѣтлая и тонкая, она была удивительно рельефна, и изысканность формы связывалась съ импровизаціей. Оставленныя Жидомъ замѣтки такъ кратки и недостаточны, что возстановить и издать по нимъ его курсъ не было возможности. То, что онъ обдумывалъ на досугѣ и приготовлялъ съ особенной тщательностью, это—цѣпь идей, композицію. Для того же, чтобы дать своей мысли больше силы, заострить ее и перевести въ умы слушателей, онъ умѣлъ, какъ никто, комбинировать противоположенія и располагать симметріи. Планъ курса, въ который онъ вводилъ постоянно новые оттѣнки, былъ самъ по себѣ произведеніемъ искусства и родомъ поученія. Іерингъ, изслѣдуя въ одной изъ своихъ работъ то, что онъ называетъ *юридической конструкціей*, говоритъ объ

эстетикѣ права [1]). Этотъ терминъ можетъ быть примѣненъ къ изложенію профессорскихъ курсовъ въ еще большей мѣрѣ, чѣмъ къ созданіямъ юриспруденціи, и лекціи Жида были бы пригоднѣе всего для обнаруженія законовъ этой особой эстетики. И такъ какъ всѣ стороны человѣческаго ума тѣсно связаны между собою, то нѣтъ ничего удивительнаго, что Жидъ обладалъ тонкимъ литературнымъ вкусомъ и никогда не обманывавшимъ его артистическимъ чувствомъ.

Успѣхъ профессора былъ большой. Но онъ пришелъ не сразу, и слушатели первыхъ лекцій помнятъ, что они не были очень многочисленны. Однако, изъ года въ годъ ихъ число росло, и вскорѣ на этотъ курсъ римскаго права собирались цѣлыя толпы. Не мало молодыхъ и зрѣлыхъ людей сохраняетъ до сихъ поръ живое воспоминаніе объ этихъ замѣчательныхъ лекціяхъ: для многихъ онѣ были настоящимъ откровеніемъ. И это впечатлѣніе свидѣтельствуется не только нашей памятью: оно отмѣчено также въ одномъ литературномъ произведеніи, имѣющемъ цѣлью изображеніе студента нашихъ дней.

Авторъ вводитъ насъ въ Парижскій юридическій факультетъ и заставляетъ присутствовать на лекціи профессора, трактующаго объ отцовской власти въ римскомъ правѣ. Въ этомъ профессорѣ, обладающемъ „холодною и мягкой рѣчью", не трудно узнать П. Жида. Конечно, слова, вкладываемыя въ его уста, не передаютъ вѣрно преподаванія. Но важно не это, а то, что авторъ говоритъ объ обояніи, производимомъ профессоромъ на юношество. Одинъ изъ студентовъ является на курсъ въ первый разъ и не ожидаетъ встрѣтить здѣсь ничего, кромѣ сухости и скуки. Но профессоръ плѣняетъ мало-по-малу его вниманіе, и вотъ какъ нашъ авторъ заканчиваетъ относящееся сюда мѣсто:

„Съ дигестами и институціями въ рукахъ профессоръ выводитъ или, лучше сказать, вызываетъ изъ формулъ, которыя кажутся пустыми и безжизненными, самыя высокія мысли, затрогивающія философію, мораль и всѣ человѣческіе интересы и чувства.

---

[1]) Іерингъ, Духъ римскаго права, французскій переводъ Meulenaere, т. III, стр. 70 и слѣд.

— Флоріакъ (это — имя скептически настроеннаго студента), ты не говоришь болѣе ничего?

Флоріакъ отвѣтилъ мнѣ просто:—я слушаю *)".

Жидъ преподавалъ въ Парижѣ только римское право, но онъ любилъ его вовсе не исключительной любовью. Онъ желалъ бы, напротивъ, измѣнить черезъ нѣсколько лѣтъ предметъ своего преподаванія, увѣренный въ томъ, что настоящій юристъ можетъ, при нѣкоторомъ усиліи и съ большой пользой для себя, пройти послѣдовательно со своими слушателями различныя области науки права. Поэтому онъ сожалѣлъ иногда о томъ подобіи рабства, которое приковываетъ профессора къ занимаемой имъ каѳедрѣ и заставляетъ его вступать періодически все на однѣ и тѣ же дорожки. Курсъ, который онъ предпочелъ бы всякому другому, былъ курсъ торговаго права, и это—не удивительно.

Ни въ одной области права жизнь не брызжетъ такимъ ключомъ и творчество юриспруденціи не играетъ такой роли, какъ въ торговомъ правѣ; нигдѣ юристы не примѣняютъ въ такой широкой степени своего высокаго искусства, состоящаго въ томъ, чтобы подготовлять для новыхъ потребностей новыя учрежденія или преобразовывать старыя, не спѣша и не прибѣгая къ насилію.

Мы обрисовали профессора и перейдемъ теперь къ писателю.

III.

Списокъ сочиненій Жида, при кратковременности его жизни, достаточно длиненъ, если замѣтить, въ особенности, что первое напечатанное имъ сочиненіе относится къ 1864 г. [1]). Это было „изслѣдованіе о законодательствѣ новаго италіанскаго королевства", гдѣ мы находимъ уже всѣ качества первоклассснаго ученаго [2]). Для того, чтобы раскрыть характеръ новой италіанской кодификаціи, Жидъ обращается къ ея прошлому. Онъ показываетъ, какъ граждан-

*) *L'Etudiant d'aujourd'hui*, par René Vallery Radot, стр. 78, 79.

[1]) Полный списокъ всѣхъ работъ Жида можно найти въ Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1880, т. IV, стр. 764—766.

[2]) Revue historique de droit français et étranger, juillet-août 1866.

ское право Италіи съ древнѣйшихъ временъ оставалось глубоко римскимъ. На его старомъ основаніи, едва затронутомъ Лангобардскимъ закономъ, были построены статуты свободныхъ средневѣковыхъ городовъ, и въ провинціяхъ современной Италіи господствуютъ до сихъ поръ римскіе принципы. Это—очевидно для мѣстностей, гдѣ дѣйствовало обычное право, и вѣрно даже для тѣхъ частей Италіи, которыя получили кодификаціи, основанныя на подражаніи французскому кодексу. Но, уважая эту традицію, современный законодатель Италіи долженъ былъ допустить въ свое произведеніе и такіе принципы, которые стояли внѣ римскаго права. Германскіе обычаи развили въ гражданскомъ правѣ другихъ странъ идею индивидуальной свободы; отсюда возникли принципы, неизвѣстные римскому праву, но оправданные и преобразованные современной экономической наукой; эти принципы стремятся „обезпечить за людьми бóльшую независимость въ ихъ домашнихъ отношеніяхъ, бóльшую свободу въ ихъ соціальныхъ сношеніяхъ". Жидъ показываетъ, въ какой мѣрѣ властный темпераментъ римскаго закона былъ видоизмѣненъ законодателемъ Италіанскаго королевства тѣмъ, что въ него была впущена чужеземная кровь: „въ порядкѣ нравственныхъ отношеній были сглажены или ослаблены гражданскія неравенства, вытекавшія изъ различія національности, пола, семейнаго и соціальнаго положенія; въ порядкѣ экономическихъ отношеній новый кодексъ сумѣлъ обезпечить одновременно независимость за договаривающимися и безопасность за третьими лицами". Эта быстро сдѣланная работа представляетъ собою замѣчательное изслѣдованіе по исторіи и философіи права.

Въ 1867 г. Жидъ напечаталъ книгу, которая по своей важности и своему объему должна была составить главный трудъ его жизни. Это былъ мемуаръ, увѣнчанный Институтомъ. Академія нравственныхъ и политическихъ наукъ объявила конкурсъ на „исторію Веллейановскаго сенатусъ-консульта". Нашъ авторъ расширилъ сразу эту тему. Видя справедливо въ Веллейановскомъ сенатусъ-консультѣ кульминаціонный пунктъ гражданской неспособности женщины,

онъ хочетъ изучить и прослѣдить черезъ всѣ западныя законодательства не что иное, какъ гражданскую правоспособность женщины, и онъ всюду изслѣдуетъ положеніе, созданное гражданскимъ правомъ для нея какъ въ бракѣ, такъ и внѣ брака. Онъ обнимаетъ такимъ образомъ своей темой все, что касается гражданскаго положенія женщины и исторіи брачныхъ отношеній. Съ поразительной эрудиціей и съ несравненнымъ даромъ изложенія онъ слѣдитъ за своей основной идеей отъ первыхъ шаговъ исторіи до настоящаго времени. Эту именно книгу, которой первоначальное изданіе давно разошлось, мы и передаемъ теперь снова въ руки читателей. Не имѣя поэтому надобности анализировать книгу, мы скажемъ лишь нѣсколько словъ для ея характеристики.

Чтобы вести правильно свое изслѣдованіе, авторъ долженъ былъ опредѣлить общій составъ и духъ каждаго изъ тѣхъ законодательствъ, съ которыми ему приходилось имѣть дѣло. Отсюда—цѣлая серія картинъ, представляющихъ исторію этихъ законодательствъ—конечно, не въ ихъ деталяхъ, а въ общемъ ходѣ развитія. Книга уже поэтому содержитъ въ себѣ могучее обобщеніе исторіи права, и вотъ чему она обязана—по крайней мѣрѣ, отчасти — своимъ большимъ и законнымъ успѣхомъ. На ней и я учился впервые исторіи права, въ соотвѣтственной предмету книги области. Кромѣ того, книга написана слогомъ рѣдкаго изящества, и, награждая ее, Институтъ могъ не скупиться ни на какія похвалы: она имѣла всѣ качества академическаго произведенія, въ лучшемъ смыслѣ этого слова.

И это сочиненіе, столь возвышенное по своимъ мотивамъ и совершенно чуждое интересамъ практики, удостоилось, однако, страннаго счастья быть призываемымъ на судѣ, въ качествѣ авторитета. Дѣло шло какъ-то о договорѣ, практика котораго обнаружилась нѣсколько лѣтъ тому назадъ и становилась, повидимому, все болѣе и болѣе распространенной при брачныхъ отношеніяхъ,—о договорѣ, устанавливающемъ неспособность жены къ обязательствамъ, даже съ разрѣшенія ихъ мужемъ. Въ защиту такого договора, дѣйствительность котораго справедливо заподозрѣвалась, приводили то, что онъ

не идетъ далѣе другихъ комбинацій, разрѣшаемыхъ на этотъ случай закономъ. Въ самомъ дѣлѣ, говорили защитники этого договора, замужней женщинѣ дозволено при системѣ приданаго включать въ это послѣднее все свое имущество, какъ настоящее, такъ и будущее; въ этомъ случаѣ всякое обязательство, заключаемое ею въ продолженіе брака, не только лишено силы, такъ какъ кредиторамъ не на что обратить своихъ взысканій, но и ничтожно, такъ какъ оно заключено лицомъ, неспособнымъ къ вступленію въ обязательства. Генеральный адвокатъ Шевріе, представляя этотъ тезисъ въ Парижскомъ судѣ, ссылался на авторитетъ Жида [1]), который дѣйствительно доказалъ на основаніи актовъ судебной практики личную неправоспособность женщины, вступающей въ бракъ въ порядкѣ системы приданаго: „Доктрина личной неправоспособности,—писалъ онъ,—торжествуетъ по всей линіи; ни одно рѣшеніе не формулируетъ ее, но всѣ предполагаютъ, такъ какъ изъ всѣхъ перечисленныхъ выше послѣдствій этой доктрины нѣтъ ни одного, которое не было бы освящено судами [2]).“

Нѣтъ сомнѣнія, что Жидъ отвергнулъ бы употребленіе, сдѣланное изъ его доктрины, разъ неправоспособность, бывшая въ его глазахъ существенной принадлежностью системы приданаго, распространялась и за предѣлы этой системы. Но приведенный фактъ показываетъ не менѣе ясно, что вліяніе крупныхъ и незаинтересованныхъ изслѣдованій въ юриспруденціи такъ же значительно, какъ и

---

[1]) См. журналъ „*le Droit*“ 2 — 3 янв. 1876 г., стр. 6: „Прочтите ст. 1542 Гражданскаго Кодекса. Установленіе приданаго можетъ касаться, безъ различія и исключенія, всякаго имущества жены, какъ настоящаго, такъ и будущаго. Недвижимостью, входящей въ приданое, нельзя распоряжаться, но эта невозможность распоряженія, говорятъ ученые юристы, не есть такое случайное и преходящее качество этой недвижимости, которое могло бы исчезнуть по прекращеніи брака въ отношеніи къ послѣдствіямъ актовъ, совершенныхъ во время его теченія; эта невозможность состоитъ въ неспособности, присущей самому лицу. Жидъ обосновалъ твердо эту теорію въ изящномъ трактатѣ о гражданскомъ положеніи женщины (стр. 503—513), и судебная практика извлекаетъ изъ этой теоріи всѣ ея послѣдствія“.

[2]) Стр. 510, 1-го изданія.

повсюду. Теорія будетъ всегда господствовать надъ практикой, она одна отдѣляетъ законъ и разумъ отъ комбинацій, изобрѣтаемыхъ практиками; она одна сводитъ къ единству принципа тѣ единичныя и разрозненныя рѣшенія, которыя въ безконечномъ разнообразіи отдѣльныхъ случаевъ внушаются судамъ безсознательной логикой вещей. Вотъ какъ объясняется то, что книга, написанная теоретикомъ, въ тиши его кабинета, цитируется, къ великой чести науки, и въ разгаръ судебныхъ преній. Но что представляла для Жида мысль, которой воспользовался судъ? Она представляла для него результатъ силы традицій и логики идей. Онъ приходилъ къ заключенію объ упорной живучести и скрытномъ существованіи Веллейановскаго сенатусъ-консульта даже въ нашемъ современномъ законодательствѣ.

„Что такое, въ самомъ дѣлѣ,—говорилъ онъ,—эта неспособность жены въ системѣ приданаго, какъ не древне римская неспособность, какъ не запрещеніе женѣ поручаться за мужа, соединенное съ тѣмъ предположеніемъ, что всякое обязательство ея есть не что иное, какъ такое поручительство въ его пользу? Вопреки редакторамъ *Code civil*, Веллейановская неспособность пробралась въ нашу судебную практику украдкой, подъ плащомъ неотчуждаемости приданаго; и этотъ послѣдній законодательный опытъ даетъ намъ, кажется, полное право утверждать, что безъ Веллейановскаго сенатусъ-консульта не можетъ быть и неотчуждаемости приданаго [1])“.

Съ 1870 г. Жидъ началъ печатать по римскому праву рядъ монографій, успѣхъ которыхъ былъ значителенъ, а вліяніе—глубоко и продолжительно. Почти всѣ монографіи появлялись—по крайней мѣрѣ, частью,—въ *Revue de législation française et étrangere*, которой онъ былъ однимъ изъ главныхъ редакторовъ, или въ *Nouvelle Revue historique de droit français et etranger*, которая продолжала, только подъ другимъ именемъ, но при той же редакціи, первое изданіе. Пустое мѣсто, оставленное здѣсь смертью Жида, никѣмъ не занято, и монографіи, о которыхъ мы говоримъ, соста-

---

[1]) Ibid., стр. 513—514.

вляютъ совершеннѣйшія произведенія, вышедшія изъ-подъ пера Жида. Точками отправленія для нихъ служили часто явленія нѣмецкой литературы, которыя онъ зналъ превосходно и могъ поэтому доставить среди насъ право гражданства многимъ теоріямъ, возникавшимъ сначала на германской почвѣ и обновлявшимъ по извѣстнымъ вопросамъ науку. Но и въ этомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло не съ простой популяризаціей, такъ какъ работа Жида не переставала быть глубоко оригинальна. Принятая теорія испытывала у него настоящее превращеніе: извлеченный изъ нея свѣтъ не концентрировался въ томъ спеціальномъ пунктѣ, который онъ освѣщалъ съ самаго начала, а постепенно распространялся и озарялъ широкія пространства. Такимъ же образомъ одинъ изъ мастеровъ современной сцены превращалъ въ истинные chefs d'oeuvre'ы искусства тѣ драматическія идеи, которыя онъ получалъ въ еще несовершенной формѣ отъ ихъ первоначальныхъ изобрѣтателей.

Самыя замѣчательныя изъ принадлежащихъ сюда работъ вращаются около вопроса, долго занимавшаго умъ Жида: это—вопросъ о передачѣ и измѣненіяхъ обязательствъ въ римскомъ правѣ. Въ этомъ ряду работъ нужно назвать прежде всего появившееся въ 1870 г. изслѣдованіе „о характерѣ новаціи въ римскомъ правѣ [1])"; за нимъ послѣдовало вскорѣ другое — „объ условіяхъ новаціи по Институціямъ Гая [2])". Впечатлѣніе, произведенное настоящими работами въ маленькомъ мірѣ романистовъ, было громадно. Авторъ разрушалъ доктрины, которымъ въ теченіе незапамятнаго времени учили съ полной вѣрой въ ихъ истинность онъ проливалъ новый свѣтъ на учрежденія, которыя казались уже извѣстными во всѣхъ своихъ основаніяхъ. Въ 1873 г. Жидъ обнародовалъ свои „наблюденія по контрак-

---

[1]) Интересъ, съ которымъ онъ слѣдилъ за движеніемъ юриспруденціи за границей, обнаруживался и въ его замѣткахъ по поводу конгрессовъ юристовъ въ Германіи и Италіи. *Nouvelle Revue historique de droit français es étranger*, т. III, стр. 432; т. IV, стр. 351.

[2]) Напечатано по распоряженію правительства въ національной типографіи, 1881 г.

ту *litteris* [1])", благодаря которымъ переданныя объ этомъ контрактѣ въ Институціяхъ Гая свѣдѣнія, представлявшіяся до того дѣтской игрой и непонятной путаницей, получили большой интересъ и полную жизненность. Въ слѣдующемъ году онъ напечаталъ работу „о передачѣ обязательствъ въ римскомъ правѣ [2])", а въ 1878—„о делегаціи въ римскомъ правѣ [3])". Всѣ эти работы были въ сущности отдѣльными главами болѣе общаго сочиненія, которое авторъ обдумывалъ на досугѣ и обнародовалъ, наконецъ, въ 1879 г. подъ слѣдующимъ заглавіемъ: „Изслѣдованіе по новаціи и передачѣ обязательствъ по римскому праву". Я подробно говорилъ въ другомъ мѣстѣ [4]) объ этомъ сочиненіи, вполнѣ оцѣненномъ критикой какъ во Франціи, такъ и въ Германіи. Рѣдко гдѣ геній римскаго права былъ такъ хорошо понятъ, и развитіе этого законодательства такъ хорошо объяснено.

Еще двѣ монографіи, вызвавшія не меньшій интересъ въ читающей публикѣ, переносятъ насъ въ другой порядокъ идей. Одна изъ нихъ трактуетъ о „характерѣ приданаго въ римскомъ правѣ [5])". Это—исторія приданаго, но совершенно обновленная исторія, источники которой были найдены нѣмецкимъ юристомъ Бехманномъ. Въ картинѣ, исполненной жизни, Жидъ разворачиваетъ передъ нами длинную эволюцію, пройденную приданымъ,—начиная отъ древнѣйшаго времени, когда оно пріобрѣталось безвозвратно мужемъ, и кончая законами Юстиніана, предоставлявшими женѣ почти

[1]) Рѣчь Жиро (*Nouvelle Revue historique*, т. IV, стр. 761): „Институтъ поощрялъ и чествовалъ его работы самыми лестными и болѣе, чѣмъ когда-нибудь, заслуженными отзывами, такъ какъ уже одна его книга *О гражданскомъ положеніи женщины въ древнемъ и новомъ правѣ* есть одно изъ лучшихъ произведеній нашего времени. Это открывало передъ нимъ въ ближайшемъ будущемъ перспективу, долженствовавшую освятить и увѣнчать дѣятельность, которая уже была и такъ славна. Все это разсѣялось въ нѣсколько часовъ, и тотъ, чье наслѣдіе должно было перейти къ нему, сообразно законамъ природы, плачетъ теперь передъ гробомъ, разрушившимъ столько законныхъ надеждъ, о томъ, что естественный порядокъ вещей перевернутъ вверхъ дномъ".

[2]) Ренанъ, *Воспоминанія дѣтства и молодости*, стр. 184.

[3]) *Revue de législation française et étrangèvr*, т. I, стр. 113.

[4]) *Ibid.*, I стр. 671.

[5]) *Revue de législation française et étrangère*, т. III, стр. 121.

собственность на него, даже во время теченія брака. Жидъ указываетъ и на причины этой эволюціи, лежащія въ параллельныхъ изложеніяхъ семейнаго и общественнаго строя. Доказательность изложенія такъ значительна, что новая доктрина входитъ повсюду въ преподаваніе непосредственно послѣ того, какъ она дѣлается извѣстной.

Въ 1880 г. Жидъ читаетъ въ Академіи нравственныхъ и политическихъ наукъ мемуаръ „о положеніи незаконнорожденныхъ дѣтей и конкубины въ римскомъ правѣ". Возвращаясь къ доктринѣ, уже извѣстной старымъ юристамъ, но нѣсколько забытой въ наши дни, онъ старается здѣсь показать, что въ языческомъ Римѣ и въ его классическомъ правѣ конкубинатъ былъ простымъ фактомъ, а не такимъ союзомъ, которому законодатель приписывалъ бы какія-либо юридическія послѣдствія—хотя бы и низшаго порядка, чѣмъ тѣ, которыя онъ связывалъ съ законнымъ бракомъ. Вплоть до законовъ Константина и его преемниковъ—дитя, рожденное въ конкубинатѣ, какъ дитя *vulga conceptus*, остается, съ точки зрѣнія права, чуждымъ для отца; для матери, напротивъ, это — такое же дитя, какъ и рожденное въ законномъ бракѣ *(justae nuptiae)*. И Жидъ резюмируетъ свою доктрину въ двухъ слѣдующихъ положеніяхъ: „въ римскомъ правѣ нѣтъ естественной отеческой связи... какъ въ немъ нѣтъ и законной материнской связи",—освѣщая этимъ цѣлую сторону античной семьи.

Новыя идеи, высказанныя Жидомъ, не вездѣ встрѣчали одобреніе и общее признаніе; но послѣдняя работа, о которой мы сейчасъ говорили и въ которой вѣрная въ основаніи мысль была, можетъ-быть, доведена до крайности, въ интересахъ рельефности ея выраженія, вызвала противъ себя форменныя возраженія. Жиро напечаталъ въ *Journal des savants* первую часть своего опроверженія этой работы, когда Жидъ внезапно умеръ, сраженный ударомъ, поразившимъ насъ всѣхъ; споръ былъ закрытъ и отвѣтъ Жиро превращенъ въ надгробную рѣчь предъ преждевременно открывшейся могилой.

Классическая древность обязана Жиду не однѣми работами по римскому праву: онъ написалъ также рядъ инте-

ресныхъ статей по греческому праву въ *Словарѣ древностей* Saglio и Deremberg'a.

И сравнительное изученіе современныхъ законодательствъ обязано Жиду не менѣе, чѣмъ исторія права. Онъ былъ однимъ изъ основателей *Общества сравнительнаго законодательства* (Soeiété de législatin comparée) и, безъ всякаго сомнѣнія, однимъ изъ лучшихъ его работниковъ. Ежегодники (*Annuaires*) Общества представляютъ намъ годъ за годъ слѣдъ его драгоцѣннаго и дѣятельнаго сотрудничества. Онъ перевелъ много выдающихся законодательныхъ актовъ и, особенно, прусскихъ и германскихъ; нѣкоторые изъ этихъ переводовъ, предшествуемые объяснительными записками и снабженные многочисленными примѣчаніями, представляютъ собою работы, имѣющія большое значеніе [1]). Въ продолженіе трехъ лѣтъ онъ редактировалъ общія замѣчанія къ отчетамъ о засѣданіяхъ прусскихъ законодательныхъ палатъ [2]), и эта работа, обыкновенно сухая, получала подъ его перомъ особый интересъ: она дала ему возможность изучить шагъ за шагомъ движеніе, которое преобразовало въ различныхъ частяхъ прусской монархіи феодальное владѣніе и семейный фидеикоммисъ въ свободную собственность. Онъ былъ еще дѣятельнымъ сотрудникомъ „Бюллетеня", издаваемаго тѣмъ же Обществомъ, и это послѣднее, оказывая Жиду вполнѣ заслуженную имъ честь, избрало его своимъ президентомъ въ тотъ, къ сожалѣнію, моментъ, когда смерть помѣшала ему воспользоваться этой честью [3]). Наконецъ, въ сотрудничествѣ съ Ш. Ліонъ-Каномъ (Ch. Lyon-Caen), Діетцомъ (Dietz) и Флакомъ (Flach), онъ перевелъ и снабдилъ примѣчаніями для комитета по иностраннымъ законодательствамъ нѣмецкій торговый кодексъ и нѣмецкій вексельный уставъ [4]).

Когда въ 1878 г. въ Парижѣ основалось *Общество для изученія вопросовъ высшаго образованія*, Жиду было естественно

---

[1]) *Ibid.*, т. IV, стр. 32.

[2]) *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, т. II, стр. 509.

[3]) *Ibid.*, т. IV, стр. 143.

[4]) *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, т. II, стр. 121.

указано играть въ немъ вліятельную роль: его сдѣлали президентомъ юридической секціи.

Ученыя общества искали его, и въ близкомъ будущемъ можно было предвидѣть часъ, когда высшее изъ этихъ обществъ, Французскій Институтъ, призоветъ Жида въ свой составъ. И если Академія нравственыхъ и политическихъ наукъ не открыла ему своихъ дверей, когда онъ дважды стучался въ нихъ, оказавъ предпочтеніе другимъ знаменитымъ юристамъ, карьера которыхъ была болѣе продолжительна, то чувствовалось, что при первомъ благопріятномъ случаѣ она допуститъ его въ число своихъ членовъ. У его открытой могилы Жиро говорилъ въ трогательныхъ выраженіяхъ объ этой предназначенной ему чести и объ этихъ обманутыхъ надеждахъ [1]).

Одинъ глубокій мыслитель недавно сказалъ: „Существенное значеніе въ дѣлѣ воспитанія имѣетъ не преподаваемая доктрина, а производимое ею возбужденіе [2])“. У Жида доктрина была та, которую можно было ожидать отъ истиннаго юриста и ума, преданнаго свободѣ и справедливости; но онъ умѣлъ въ то же время возбудить такое движеніе умовъ, какое происходитъ рѣдко въ нашихъ школахъ. Его лекціи и сочиненія заключали въ себѣ могучій и здоровый ферментъ, который не унесенъ смертью. Его сочиненія остались, и мы увѣрены, что они долго еще будутъ вдохновлять нашу молодежь. Голосъ учителя замолкъ; но учитель оставилъ учениковъ, наслѣдовавшихъ, если не его талантъ, то его духъ и методу. Отъ имени этихъ учениковъ и какъ одинъ изъ старшихъ среди нихъ я приношу эти нѣсколько страницъ на могилу учителя и на благочестивую память о немъ.

А. Эсменъ.



---

[1]) См. въ особенности германскій законъ объ авторскомъ правѣ (*Annuaires*, т. I, стр. 205) и прусскіе ипотечные законы (тамъ же, II, стр. 208).

[2]) *Annuaires* 1875, 1876, 1877 гг.; предъ этимъ онъ редактировалъ подобныя же Замѣчанія къ 2-й и 3-й сессіямъ германскаго парламента (Ibid., т, II, стр. 144).

Предисловіе къ русскому изданію.

Предлагаемый читателю переводъ сочиненія П. Жида «о гражданскомъ положеніи женщины» предпринятъ по плану программы Московской Комиссіи домашняго чтенія, гдѣ это сочиненіе особенно рекомендуется для знакомства со сравнительной исторіей права. Если первое появленіе этого сочиненія относится еще къ 60-мъ годамъ XIX в., то второе изданіе, выпущенное въ 1881 г. Эсменомъ, профессоромъ Парижскаго Юридическаго Факультета, значительно дополнено сравнительно съ первымъ и приведено вровень со сдѣланными въ этотъ промежутокъ времени успѣхами законодательства и юридической науки. Правда, что и послѣ этого второго изданія быстрый темпъ современной законодательной и научной работы вызвалъ въ европейской литературѣ еще нѣсколько новыхъ сочиненій, разрабатывающихъ ту же тему, что и выпускаемая теперь книга П. Жида. Но несмотря на эти обстоятельства, которыя должны были бы, повидимому, повредить книгѣ Жида или сдѣлать выпускъ ея на русскомъ языкѣ въ настоящее время, по меньшей мѣрѣ, запоздалымъ, выборъ переводчика остановился всетаки на этой книгѣ, и составители программы Комиссіи домашняго чтенія совѣтуютъ своей публикѣ изучать сравнительную исторію права—между другими сочиненіями—по той же книгѣ Жида, руководствуясь, главнымъ образомъ, слѣдующими соображеніями.

Независимо отъ большой эрудиціи, строгой научности методологическихъ пріемовъ, превосходныхъ качествъ изложенія, изящества стиля и другихъ достоинствъ, давно стяжавшихъ П. Жиду европейскую извѣстность и сдѣлавшихъ изъ главнаго труда его жизни такое классическое сочиненіе, которое не знаетъ себѣ равнаго, по произведенному въ немъ изслѣдованію, ни въ предшествующей, ни въ

послѣдующей литературѣ,—этому сочиненію должно быть приписано еще особое значеніе и, притомъ, въ области не столько исторіи права, сколько сравнительнаго правовѣдѣнія. Для оцѣнки этого значенія необходимо вспомнить, хотя бы въ общихъ чертахъ, о всей научной дѣятельности П. Жида и сдѣлать нѣсколько такъ же общихъ указаній на прошлое и настоящее состояніе литературы по исторіи права и сравнительному правовѣдѣнію.

Исторіи права и, преимущественно, римскаго права,—которое П. Жидъ преподавалъ съ несравненнымъ блескомъ и до самой своей смерти съ каѳедры Парижской Ecole de droit,—посвящены какъ его юношескія, такъ и самыя зрѣлыя работы, встрѣченныя особымъ признаніемъ въ ученомъ мірѣ: таковыми считаются, въ особенности, его труды по римскому обязательственному праву, общую оцѣнку которыхъ читатели найдутъ въ помѣщаемой ниже біографической замѣткѣ Эсмена о нашемъ авторѣ. Эти труды Жида по римскому праву примыкаютъ къ исторической школѣ въ юриспруденціи, прославленной въ Германіи именами Савиньи, Пухты, Брунса, во Франціи—Климрата, Ш. Жира и др. П. Жидъ стоялъ ближе, чѣмъ кто-нибудь изъ его современниковъ, къ движеніямъ нѣмецкой юриспруденціи, и предпринятыя имъ въ направленіи исторической школы работы, какъ напр., работа «О новаціи и переходѣ правъ по обязательствамъ въ римскомъ правѣ», не уступали ничуть по глубинѣ и, можно сказать, виртуозности анализа трудамъ лучшихъ изъ его нѣмецкихъ и французскихъ предшественниковъ, ставившихъ своей задачей изслѣдованіе историческаго развитія тѣхъ или другихъ институтовъ римскаго гражданскаго права. Что касается способности оживлять и изображать эти институты съ такой рельефностью, которая навсегда отпечатлѣвала ихъ въ умѣ читателя, то искусство Жида было въ этомъ отношеніи неоцѣненно и едва ли встрѣчало себѣ соперника. Если тѣмъ не менѣе эти труды Жида упрекаютъ иногда въ недостаткѣ оригинальности и заимствованіи основныхъ идей у нѣмецкихъ авторовъ, напр. Салпіуса, то французская критика отражаетъ побѣдоносно этотъ упрекъ, указывая на постоянно новое освѣщеніе Жидомъ даже чужихъ идей, настоящій источникъ которыхъ имъ никогда не утаивается. По этому поводу припоминаются даже слова Лессинга о томъ, что «нѣмецкое прилежаніе собираетъ матеріалы, которые французское остроуміе утилизируетъ» («Der fleissige Deutsche macht die Collectanea, die der witzige Franzose nutzt»).

Въ особую заслугу историческимъ трудамъ Жида надо поставить то, что они свободны отъ господствовавшей еще въ его время тенденціи не видѣть въ исторіи права ничего, какъ только средство для пониманія и толкованія существующаго права. Такая чисто-служебная постановка исторіи права въ отношеніи къ изученію дѣйствующаго права,—это одинъ изъ главныхъ упрековъ, обращаемыхъ современной критикой къ исторической школѣ юристовъ,—была въ началѣ XIX вѣка вполнѣ понятна какъ въ Германіи, такъ и во Франціи. Юридической практикѣ Германіи предстояло, прежде всего, выдѣлить изъ давно реципированнаго ею римскаго права все то, что въ немъ не соотвѣтствовало болѣе новымъ условіемъ жизни, и приспособить одновременно къ этимъ же условіямъ все то, что еще сохраняло въ римскомъ правѣ свою жизненную силу. Та же юридическая практика во Франціи, поставленная лицомъ къ лицу съ только что введеннымъ въ жизнь гражданскимъ кодексомъ, должна была направить свои первыя усилія опять не на что иное, какъ на изученіе историческихъ корней этого кодекса. Результаты этой работы теперь усвоены и утилизированы надлежащимъ образомъ какъ практикой, такъ и преподаваніемъ права, преслѣдующимъ, между другими своими задачами, и подготовленіе твердой почвы для толкованія дѣйствующаго права. Такимъ образомъ, необходимая въ свое время работа можетъ считаться исполненной, по крайней мѣрѣ, въ своихъ главныхъ частяхъ, т.-е. въ отношеніи къ главнѣйшимъ изъ дѣйствующихъ источниковъ права, — и въ Германіи, и во Франціи уже съ половины XIX столѣтія. Поэтому исторіи права позволено теперь принять на себя болѣе высокую миссію, чѣмъ та, которая сначала ей была, можно сказать, навязана неопредѣленнымъ или невполнѣ еще обслѣдованнымъ состояніемъ существующихъ источниковъ права. Вмѣсто служебнаго положенія въ отношеніи къ послѣднимъ, исторія права ставитъ передъ собою, благодаря общему подъему общественнаго знанія, совершенно самостоятельныя цѣли. Восходя къ источникамъ правовыхъ учрежденій и юридическихъ доктринъ изучаемаго народа, она прослѣживаетъ шагъ за шагомъ всѣ послѣдовательныя стадіи развитія этихъ учрежденій и доктринъ, находя объясненіе ихъ превращеній, смѣнъ и причинъ дѣйствія не въ предустановленныхъ à priori принципахъ, какъ это дѣлала прежняя апріорная философія права, а въ точномъ наблюденіи совокупности всѣхъ тѣхъ явленій, изъ которыхъ слагаются смѣняющія другъ друга и

опредѣляющія въ то же время все право общественныя состоянія. Веденныя по этой программѣ историческія изслѣдованія служатъ, несомнѣнно, существеннымъ подспорьемъ и для пониманія дѣйствующаго права, но они предпринимаются независимо отъ практическихъ мотивовъ текущей обработки этого дѣйствующаго права. Кромѣ того, они доставляютъ необходимый матеріалъ для высшей юридической дисциплины—сравнительной исторіи права, ставящей предъ собою совсѣмъ иную задачу, чѣмъ та, которая поставлена практическому правовѣдѣнію. Эта задача состоитъ въ томъ, чтобы создать изъ совокупнаго разсмотрѣнія исторіи права всѣхъ или той или другой группы родственныхъ между собою народовъ такую научную отрасль знанія, которая была бы способна дать, если не законы, то несомнѣнныя обобщенія, касающіяся развитія права всѣхъ или тѣхъ народовъ, которые сдѣлались предметомъ изученія.

Значеніе точно провѣреннаго и тонко обработаннаго матеріала для такой сравнительной исторіи права, которую можно бы было называть также будущей научной философіей права, имѣютъ лучшія изъ современныхъ намъ работъ по исторіи права. Такое же значеніе должно быть признано какъ за упомянутыми выше изслѣдованіями Жида по исторіи римскаго права, такъ и за предлагаемымъ теперь русскимъ читателямъ его же «Изслѣдованіемъ о гражданскомъ положеніи женщины»—по крайней мѣрѣ въ той и, притомъ, значительнѣйшей части этого изслѣдованія, которая оперируетъ историческимъ матеріаломъ и, при разработкѣ его, не оставляетъ исторической точки зрѣнія. Но какъ ни важно это значеніе трудовъ Жида и какъ ни много таланта потрачено имъ на историческія изслѣдованія, главная сила нашего автора лежитъ не въ нихъ: заслуги Жида по исторіи права стоятъ не одиноко, и мы знаемъ не мало ученыхъ, сдѣлавшихъ въ этой области гораздо болѣе, чѣмъ Жидъ. Неувядаемую заслугу его составляетъ то, что имъ внесено не столько въ исторію права, сколько въ сравнительное правовѣдѣніе, значеніе котораго растетъ съ каждымъ днемъ—и независимо отъ того, что оно не пользовалось не только при жизни Жида, но не пользуется и въ настоящую минуту ни полнымъ научнымъ кредитомъ, ни общимъ признаніемъ—въ качествѣ, по крайней мѣрѣ, юридической дисциплины.

Между тѣмъ работы по сравнительному правовѣдѣнію не переставали появляться во Франціи уже со времени Монтескьё, и если имъ не удавалось поднять эту важную отрасль знанія до степени науки,

то объясняется это отчасти недостаточной широтой базиса, на которомъ строились посвященныя ему до Жида работы, отчасти недостаточной обслѣдованностью содержавшагося въ этихъ работахъ историческаго матеріала, и отчасти постояннымъ смѣшеніемъ въ нихъ практическихъ и теоретическихъ задачъ. Французскіе и другіе европейскіе ученые, искавшіе путемъ сравненія учрежденій права у разныхъ народовъ получить вѣрныя указанія на происхожденіе и процессъ развитія этихъ учрежденій, забывали о томъ, что необходимыми условіями такой работы являются, во 1), точное обслѣдованіе каждой изъ сравниваемыхъ между собою системъ права и, во 2), возможно-широкій кругъ привлекаемыхъ къ сравненію законодательствъ. Вмѣсто историческаго изслѣдованія этихъ законодательствъ, намъ предлагались обыкновенно выборки изъ случайно выхваченныхъ и вовсе не освѣщенныхъ въ бытовой обстановкѣ свѣдѣній о состояніи тѣхъ или другихъ учрежденій у тѣхъ или другихъ народовъ, а поле сравненія ограничивалось, большей частью, четырьмя источниками: римскимъ, каноническимъ, германскимъ и феодальнымъ правомъ. Результаты получались, естественно, такіе же случайные, какъ случайны были матеріалы, изъ которыхъ они извлекались, и способы, которыми ихъ извлекали. Это объясняетъ само собою и малый кредитъ, оказываемый до сихъ поръ подобной работѣ какъ историками, такъ и юристами, судящими о ней, однако, болѣе по тому характеру, какой она носила въ прошломъ, чѣмъ по тому, какой отличаетъ ее въ настоящемъ. Сочиненіе Жида «о гражданскомъ положеніи женщины» представляетъ—по крайней мѣрѣ, во французской литературѣ—[1]) первую удачную попытку исправить оба указанныхъ выше недостатка предшествующей ему разработки сравнительной исторіи права. Оно стремится въ то же время вывести сравнительное правовѣдѣніе на единственно-соотвѣтствующій его задачѣ широкій путь историческаго и одновременно параллельнаго изученія, если не всѣхъ, то—составляющихъ общія этнографическія или куль-

---

[1]) Въ нѣмецкой литературѣ можно указать на нѣсколько болѣе раннія работы Ганса и Унгера,—перваго по наслѣдственному праву, а второго по институту брака,—работы, сдѣланныя въ томъ же сравнительно-историческомъ направленіи, что и приводимое въ текстѣ сочиненіе Жида. Но это послѣднее значительно превосходитъ названные нѣмецкіе труды какъ по разработкѣ историческаго матеріала, такъ и по всѣмъ пріемамъ изслѣдованія и изложенія.

турныя группы—системъ права, подвергаемыхъ предварительно, каждая порознь, тщательному изслѣдованію.

Вотъ что было предпринято Жидомъ, когда онъ еще молодымъ человѣкомъ, въ 1866 г., только выступалъ на поприще ученаго; вотъ что обезпечило за нимъ сразу выдающееся мѣсто въ современной научно-юридической литературѣ и составило его настоящій титулъ на безсмертіе въ этой литературѣ. Внѣшнимъ поводомъ, натолкнувшимъ Жида на настоящую работу, послужилъ конкурсъ, открытый «Академіей нравственныхъ и политическихъ наукъ» въ Парижѣ на тему по исторіи чрезвычайно популярнаго среди юристовъ законодательнаго акта, извѣстнаго въ римскомъ правѣ подъ названіемъ «Веллейановскаго сенатусъ-консульта». Этотъ законъ, закрывавшій женщинамъ поручительство и всѣ вообще обязательства въ пользу другихъ, былъ уже давно и хорошо изученъ какъ въ своемъ юридическомъ механизмѣ, такъ и въ тѣхъ колебаніяхъ, которымъ ему пришлось подвергнуться въ позднѣйшемъ римскомъ и въ развившихся подъ вліяніемъ римскаго европейскихъ законодательствахъ. Тѣмъ не менѣе, Веллейановскій сенатусъ-консультъ могъ доставить еще прекрасный предметъ для изслѣдованія, въ смыслѣ ближайшаго ознакомленія съ его источниками, его вліянія на различныя теоріи римскаго права и, особенно, его дальнѣйшихъ судебъ въ европейскихъ законодательствахъ, реципировавшихъ римское право. Приспособляемый здѣсь къ новой соціальной средѣ и смѣшиваемый часто съ чуждыми римскому праву учрежденіями и идеями, онъ претерпѣвалъ многочисленныя измѣненія и постепенно выходилъ изъ практики, уступая мѣсто совсѣмъ иной законодательной системѣ, въ которой женщина, освобожденная отъ всѣхъ коренившихся въ ея полѣ ограниченій гражданской правоспособности, поражалась лишь одной неспособностью, связанной съ ея положеніемъ замужней женщины. Такъ понимала, кажется, «Академія нравственныхъ и политическихъ наукъ» поставленную ею на конкурсъ тему, но не такъ понялъ ее Жидъ, для котораго указанныя сейчасъ рамки были слишкомъ тѣсны. Веллейановскій сенатусъ-консультъ казался ему только эпизодомъ,—правда, важнымъ и интереснымъ,—но все-таки эпизодомъ въ несравненно болѣе важномъ и обширномъ законодательствѣ о гражданскомъ положеніи женщины вообще. Для того, чтобы понять и со всѣхъ сторонъ освѣтить этотъ эпизодъ, его слѣдовало не обособлять отъ цѣлаго, котораго онъ составлялъ одну принадлежность,

а, напротивъ, изучить все это цѣлое. Вотъ почему, на предложеніе Академіи изложить исторію Веллейановскаго сенатусъ-консульта, Жидъ отвѣтилъ изложеніемъ полной исторіи гражданскаго положенія женщины — и не только въ римскомъ и зависящихъ отъ него европейскихъ законодательствахъ, но и во всѣхъ другихъ, изученныхъ имъ, древнихъ и новыхъ системахъ права. Академія остереглась отмѣтить это несогласіе между ея планомъ и исполненіемъ этого плана Жидомъ, сдѣлавъ видъ, что она была понята на полу-словѣ; отзывъ былъ исполненъ похвалъ и заключалъ къ присужденію преміи. Читающая публика и ученый міръ имѣли еще менѣе поводовъ для недовольства, такъ какъ, вмѣсто заурядной монографіи по римскому праву и реципировавшимъ его западнымъ законодательствамъ, они получили глубоко задуманное, артистически исполненное, написанное замѣчательнымъ языкомъ и ясное до прозрачности изслѣдованіе, указывавшее вмѣстѣ съ тѣмъ на то, какъ слѣдуетъ для полученія научныхъ результатовъ работать по сравнительному правовѣдѣнію, опирая работу, главнымъ образомъ, на историческія штудіи. Впереди всѣхъ обобщеній у Жида идутъ всегда основанные на тщательномъ анализѣ очерки историческаго развитія тѣхъ разнообразныхъ законодательствъ, съ которыми ему приходится имѣть дѣло. Насколько же эти историческіе очерки и дѣлаемые изъ нихъ выводы серьёзны, это можно видѣть изъ драгоцѣннаго признанія Эсмена въ помѣщаемомъ ниже біографическомъ очеркѣ,—признанія, которое указываетъ, что на книгѣ Жида онъ самъ учился впервые исторіи права, и что своимъ могучимъ обобщеніямъ въ этой области книга нашего автора обязана „по крайней мѣрѣ, отчасти своимъ большимъ и законнымъ успѣхомъ“.

Правда, число изслѣдуемыхъ Жидомъ и сравниваемыхъ имъ между собою законодательствъ довольно ограниченно, и эта ограниченность матеріала отражается невыгодно—по крайней мѣрѣ, въ экстенсивномъ отношеніи—и на извлекаемыхъ изъ него выводахъ. Такъ, напр., не говоря о нѣкоторыхъ достаточно изученныхъ теперь правахъ и обычаяхъ такъ наз. некультурныхъ народовъ, Жидъ не вводитъ въ свое изслѣдованіе, — что представляетъ уже гораздо большій пробѣлъ,— ни индусскаго права, ни Зендъ-Авесты, ни обычаевъ обитателей нашего Закавказья, ни ирландскаго и ни одного изъ славянскихъ законодательствъ. Между тѣмъ сравненіе какъ разъ этихъ правъ съ другими индо-европейскими законодательствами дало возможность

новымъ изслѣдователямъ нарисовать картину соціальной организаціи, общей всѣмъ индо-европейскимъ народамъ, и нарисовать эту картину съ помощью тѣхъ же пріемовъ изслѣдованія, которые привели къ открытію древнѣйшаго языка и древнѣйшей религіи этихъ народовъ. Но все это было сдѣлано послѣ выхода книги Жида въ свѣтъ и не имѣетъ большого значенія для ея оцѣнки. Замѣтимъ, прежде всего, что, несмотря на ограниченность матеріала, положеннаго въ основаніе изслѣдованія Жида, его нельзя упрекать въ томъ, что мы ставили выше въ вину его предшественникамъ, не обращавшимся къ другимъ источникамъ, кромѣ отрывковъ изъ римскихъ 12 таблицъ, сочиненія Тацита о Германіи и, въ лучшемъ случаѣ, еще нѣсколькихъ сборниковъ Leges barbarorum и феодальнаго права. Винить въ томъ же Жида было бы несправедливо потому, что, независимо отъ историческаго изученія своего матеріала, онъ и настолько расширяетъ этотъ матеріалъ, что мы находимъ въ его составѣ, кромѣ римскаго, греческаго и нѣкоторыхъ другихъ древнихъ системъ права, еще значительное большинство европейскихъ законодательствъ, взятыхъ, притомъ, въ ихъ послѣдовательномъ развитіи отъ первоначальнаго состоянія и до нашихъ дней. Не слѣдуетъ, далѣе, забывать, что и нынѣшнее сравнительное правовѣдѣніе, имѣя въ своемъ распоряженіи несравненно бо́льшее число данныхъ по исторіи права различныхъ народовъ, чѣмъ то, которымъ располагалъ Жидъ, когда онъ писалъ свою книгу, не притязаетъ тѣмъ не менѣе ни на полноту своего матеріала, ни на распространеніе получаемыхъ изъ него выводовъ на право всѣхъ народовъ, ни на окончательный характеръ этихъ выводовъ для права вообще. Оно довольствуется наличнымъ матеріаломъ, который не отличается вовсе полнотой, и не возражаетъ противъ условнаго значенія своихъ заключеній, имѣющихъ силу только для изслѣдованныхъ областей. Задачу свою въ настоящее время оно видитъ не столько въ экстенсивномъ распространеніи поля изслѣдованія, сколько въ интенсивной разработкѣ того поля, которое уже стало предметомъ изслѣдованія.

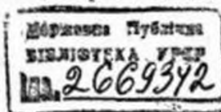
Сказаннаго было бы довольно для объясненія ограниченности привлеченнаго къ изслѣдованію Жида матеріала, если бы мы не могли прибавить къ сказанному, что такая ограниченность матеріала лежала даже въ цѣли настоящаго изслѣдованія. Эту цѣль составляла не только исторія гражданскаго положенія женщины у древнихъ, средневѣковыхъ и новыхъ народовъ, но и оцѣнка этого положенія

въ современномъ французскомъ законодательствѣ. Изслѣдованіе отдѣльныхъ законодательствъ служило Жиду не только орудіемъ сравнительной исторіи права, но и средствомъ критики дѣйствующаго права, способомъ его исправленія, а если возможно, то и подготовленія пути для новаго права. Вотъ почему рѣшающее значеніе для его работы имѣли не всѣ вообще доступныя для изслѣдованія системы права, а лишь тѣ, которыя участвовали такъ или иначе въ процессѣ образованія и развитія французскаго законодательства или могли по тѣмъ или другимъ соображеніямъ представить опорные пункты для его критической оцѣнки. Такими системами права были, главнымъ образомъ, римская, каноническая и германская; послѣдняя—въ ея разнообразныхъ проявленіяхъ и развѣтвленіяхъ по всѣмъ законодательствамъ Западной Европы. Отсюда само собою понятно, почему эти именно системы права занимаютъ въ книгѣ Жида господствующее мѣсто. Отъ этого книга проигрываетъ съ точки зрѣнія сравнительной исторіи права, поставленной независимо отъ критики современнаго законодательства, но выигрываетъ съ точки зрѣнія сравнительнаго правовѣдѣнія, взятаго въ его практической функціи, т.-е. въ смыслѣ критики сравниваемыхъ законодательствъ и стремленія осуществить въ нихъ реформы, признанныя необходимыми. Выгодной стороной ограниченія матеріала, вытекающаго изъ практической цѣли изслѣдованія, можно считать то, что книга производитъ впечатлѣніе чрезвычайной стройности и единства мысли, удерживаемаго черезъ все разнообразіе историческаго выраженія этой мысли. Кромѣ того, практическимъ же тенденціямъ Жида мы обязаны тѣмъ, что, въ отличіе отъ большинства новыхъ изслѣдованій по сравнительному правовѣдѣнію, занятыхъ почти исключительно первобытнымъ правомъ и затрогивающихъ лишь въ рѣдкихъ случаяхъ состояніе изслѣдуемыхъ учрежденій въ позднѣйшіе періоды ихъ развитія, книга нашего автора изображаетъ полную картину изучаемыхъ въ ней институтовъ и идей—отъ ихъ возникновенія и до нашихъ дней, и не только у древнихъ и нѣкоторыхъ первобытныхъ, но также у новыхъ и культурныхъ народовъ. Это обстоятельство заслуживаетъ быть особо отмѣченнымъ, такъ какъ, въ виду указаннаго сейчасъ положенія современной литературы по сравнительному правовѣдѣнію, оно и заставило, главнымъ образомъ, Московскую Комиссію домашняго чтенія внести настоящее изслѣдованіе Жида къ число рекомендуемыхъ ею своимъ читателямъ пособій для изученія сравнительной исторіи права

Но что слѣдуетъ думать о допускаемомъ Жидомъ въ своемъ изслѣдованіи соединеніи задачъ исторіи и практики сравнительнаго правовѣдѣнія, и не есть ли это соединеніе въ то же время смѣшеніе тѣхъ и другихъ задачъ? Какъ, наконецъ, объяснить это соединеніе или смѣшеніе, если оно имѣетъ мѣсто?

Во всякомъ случаѣ, ни соединеніе, ни смѣшеніе исторической точки зрѣнія съ практической въ книгѣ Жида не имѣетъ ничего общаго съ прежнимъ взглядомъ на служебную роль исторіи права въ отношеніи къ дѣйствующему законодательству. Какъ упомянутыя выше работы Жида по римскому праву, такъ и содержащіеся въ его «Изслѣдованіи о гражданскомъ положеніи женщины» историческіе очерки по разнымъ законодательствамъ обнаруживаютъ въ авторѣ этихъ работъ и очерковъ настоящаго историка права, не только сознающаго, но и осуществляющаго на дѣлѣ самостоятельность задачъ историческаго изслѣдованія. Указываемое соединеніе или смѣшеніе касается не исторіи права и сравнительнаго правовѣдѣнія, а только сравнительнаго правовѣдѣнія въ его двухъ самостоятельныхъ отдѣлахъ: практическомъ и историческомъ. Эти отдѣлы не разъединены вполнѣ и въ современной литературѣ, что можно прямо отнести на счетъ юношескаго возраста, переживаемаго еще сравнительнымъ правовѣдѣніемъ. Оно родилось, можно сказать, на нашихъ глазахъ и не успѣло поэтому ни достаточно окрѣпнуть, ни дифференцироваться въ своихъ самостоятельныхъ отдѣлахъ.

Всѣ науки возникаютъ, какъ извѣстно, изъ практическихъ потребностей и проходятъ передъ своимъ окончательнымъ установленіемъ состояніе прикладного знанія. Сравнительное правовѣдѣніе вызвано къ жизни развитіемъ сношеній между народами, потребностью общенія въ правѣ—прежде всего тамъ, гдѣ народы соприкасаются другъ съ другомъ особенно часто, т.-е. въ торговлѣ, —сознаніемъ неудовлетворительности своего права, расширеніемъ умственнаго горизонта и тому подобными импульсами, объединяемыми понятіемъ космополитизма. Что это понятіе, подобно большинству великихъ концептовъ человѣческаго ума, теряется въ глубинѣ вѣковъ, и что оно не было чуждо даже народамъ древности, это показываютъ принадлежащія еще Цицерону слова: «patria est, ubicunque est bene», и приписываемый Сократу отвѣтъ на вопросъ, откуда онъ родомъ: «Моя родина—міръ». Задатки и юридическихъ воззрѣній, и даже цѣлыхъ институтовъ права, въ основѣ которыхъ лежитъ космополитизмъ,



мы находимъ также у отдѣльныхъ римскихъ юристовъ и въ мiровой системѣ римскаго jus gentium. Отсюда нельзя, конечно, заключать къ развитому состоянiю юридическаго космополитизма уже въ классической древности, но представленiе объ этомъ космополитизмѣ, какъ о продуктѣ исключительно новаго времени, во всякомъ случаѣ, рушится. Это не опровергаетъ, однако, того несомнѣнно вѣрнаго положенiя, что ни въ одну эпоху не было такъ много рѣчи о космополитизмѣ и интернацiонализмѣ, какъ въ нашу, и что только наше время принесло съ собою расцвѣтъ всевозможныхъ международныхъ обществъ, международныхъ журналовъ, международныхъ выставокъ, конгрессовъ, лигъ, унiй, конвенцiй и т. д. Этотъ космополитизмъ выражается также необходимо въ правѣ, и мы рѣшительно вступаемъ въ ту фазу его развитiя, когда можно говорить и о международной юриспруденцiи, и о правахъ, принадлежащихъ человѣку, какъ таковому, а не какъ гражданину или подданному того или другого государства,— и говорить о томъ и о другомъ не на основанiи стараго и ни на что болѣе ненужнаго «естественнаго права», а на основанiи законодательнаго и судебнаго признанiя. Нагляднѣйшiя выраженiя духа этой международной юриспруденцiи мы видимъ въ международныхъ почтовыхъ, телеграфныхъ, телефонныхъ, монетныхъ и другихъ подобныхъ союзахъ, въ международныхъ договорахъ о транспортѣ товаровъ по желѣзнымъ дорогамъ, о защитѣ авторскаго права, патентовъ на изобрѣтенiя и т. д. Сущность этихъ международныхъ союзовъ и договоровъ образуетъ общiя для всѣхъ вступающихъ въ нихъ народовъ юридическiя нормы, которыя регулируютъ однообразно всѣ принадлежащiя къ нимъ отношенiя и осуществляютъ,—правда, въ ограниченной пока области,—идеалъ всеобщаго права. Замѣтимъ еще, что это право всеобще не только по своему содержанiю, но и по примѣненiю ко всѣмъ входящимъ въ упомянутые союзы и договоры народамъ, гдѣ бы отдѣльныя единицы, составляющiя эти послѣднiе, ни призывали ту или другую общественную власть въ защиту своихъ правъ.

Въ связь съ повсемѣстной и однообразной защитой отношенiй, регулируемыхъ международными договорами, можно поставить и общее въ настоящее время всѣмъ новымъ законодательствамъ,—по крайней мѣрѣ, въ принципѣ—уравненiе иностранцевъ съ гражданами каждаго отдѣльнаго государства во всемъ, что касается, въ особенности, гражданскаго права. Въ этой области каждый, а слѣдовательно и иностранецъ, защищенъ теперь независимо какъ отъ международ-

ныхъ конвенцій, такъ и отъ своей расы, религіи, подданства и другихъ общественныхъ условій, производившихъ прежде не только различія въ юридическомъ положеніи, но и полное отрицаніе гражданской личности. Сюда же принадлежитъ чрезвычайное въ послѣднія десятилѣтія развитіе теоріи и практики такъ наз. «частнаго международнаго права», спеціально занятаго разрѣшеніемъ конфликтовъ между законодательствами, регулирующими различнымъ образомъ тѣ отношенія, которыя начинаются или прекращаются на космополитической почвѣ и поэтому уже требуютъ, при разнородности современныхъ законодательствъ, обсужденія по несогласнымъ между собою нормамъ то одного, то другого изъ этихъ законодательствъ. Эта новая отрасль правовѣдѣнія развивается также на международныхъ корняхъ: отрѣшенная всецѣло отъ того, что можно бы было называть юридическимъ шовинизмомъ, она выходитъ изъ признанія солидарности между народами и равноцѣнности ихъ законодательствъ; предполагая необходимо знаніе иностраннаго права, она старается сообразовать свои рѣшенія съ международной справедливостью и выводами современнаго правовѣдѣнія, взятаго въ его совокупности.

Наконецъ, еще существеннѣе и ближе къ разсматриваемому нами вопросу о космополитизмѣ въ правѣ оказывается изученіе и сравненіе различныхъ законодательствъ не съ цѣлью простого знакомства съ ними и примѣненія въ различныхъ случаяхъ того или другого изъ этихъ законодательствъ, какъ это имѣется въ виду дисциплиной частнаго международнаго права, но съ цѣлью разысканія достоинствъ и недостатковъ сравнимаемыхъ законодательствъ и опредѣленія не только того, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ есть законъ, но и того, чѣмъ законъ долженъ быть. Вотъ задача, которой посвящаетъ себя практическое сравнительное правовѣдѣніе, стремящееся теперь то обособиться въ самостоятельную юридическую дисциплину, то войти составной частью въ такъ наз. «политику права» или «законодательную политику». Если изучаемыя и сравниваемыя здѣсь законодательства принадлежатъ народамъ, живущимъ при общей духовной атмосферѣ и въ приблизительно равныхъ общественныхъ условіяхъ, то въ результатѣ такого изученія и сравненія получаются все чаще и чаще дѣлаемыя теперь заимствованія однимъ законодательствомъ юридическихъ нормъ другого и опять новые успѣхи въ объединеніи права, если не всѣхъ, то близкихъ другъ другу народовъ Самый разительный примѣръ этихъ успѣховъ пред-

ставляетъ намъ современное торговое и вексельное право; также — новое рабочее законодательство. Не объединенныя никакимъ международнымъ договоромъ и основанныя въ формальномъ смыслѣ на различныхъ и независимыхъ другъ отъ друга источникахъ права, нормы, принадлежащія къ названнымъ сейчасъ отраслямъ права,— по крайней мѣрѣ въ своемъ большинствѣ,—отличаются замѣчательнымъ единообразіемъ въ матеріальномъ смыслѣ.

И это единообразіе, конечно, не случайно. Современный человѣкъ не связанъ, подобно растенію, родной почвой, и ничто не можетъ быть менѣе точно, чѣмъ утвержденіе, допускающее правильное развитіе только на родной почвѣ. Границы міра теперь значительно приближены и почти совпадаютъ съ границами личнаго и имущественнаго оборота между людьми. Чѣмъ многочисленнѣе и глубже общественные слои, вращающіеся между этихъ границъ, тѣмъ сильнѣе и болѣзненнѣе ощущаются ими всѣ различія въ правѣ, имѣющія особенно отношеніе къ международному обороту. Эти различія являются настоящими препятствіями нормальному развитію, и они необходимо устраняются, начиная съ тѣхъ, которыя регулируютъ оборотное право.

Какъ мы далеки, однако, отъ конца указываемаго процесса, это можно видѣть лучше всего на исторіи календаря, который требуетъ своего объединенія, кажется, болѣе, чѣмъ какое бы то ни было иное учрежденіе, и тѣмъ не менѣе представляетъ до сихъ поръ крупное различіе между новымъ и старымъ стилемъ; мы не говоримъ уже о сравнительно позднемъ установленіи лѣтосчисленія отъ Р. Х. (у насъ—съ Петра В.) и счета года отъ 1-го января (въ XVIII в.). То же самое можно сказать и о различіяхъ въ монетной системѣ,— объединеніе которой есть, между тѣмъ, по общему убѣжденію экономистовъ, условіе исполненія монетою всего ея назначенія,—и о множествѣ другихъ различій, удерживающихся до сихъ поръ даже въ правѣ современныхъ народовъ. Эти различія какъ бы подсказываютъ, что историческій процессъ объединенія права идетъ медленнѣе того, чѣмъ онъ излагается, и не такъ спѣшитъ исполненіемъ своей программы, какъ это могутъ иногда позволять себѣ отдѣльныя лица или политическія партіи.

Но ни міровое значеніе описаннаго лишь въ самыхъ общихъ чертахъ процесса, ни важность роли, разыгрываемой въ его ходѣ практикой сравнительнаго правовѣдѣнія,[6] не подлежатъ сомнѣнію. Это

само собою объясняетъ, почему юристы, обращающіеся со 2-й половины XIX в. къ обработкѣ сравнительнаго правовѣдѣнія, ведутъ и не перестаютъ вести по нынѣшній день эту обработку, преимущественно, въ практическомъ направленіи, т.-е. въ виду освѣщенія совершающагося на ихъ глазахъ процесса обобщенія въ правѣ и возможнаго воздѣйствія на этотъ процессъ. Нѣтъ сомнѣнія, что это направленіе соотвѣтствуетъ явно назрѣвшей потребности, отвѣчаетъ на неотложные запросы, имѣетъ прямыя опоры въ фактахъ и теченіяхъ дѣйствительной жизни, облекаетъ эти факты и теченія въ юридическія формулы, содѣйствуетъ дальнѣйшему развитію этихъ формулъ и, благодаря столь разнообразной дѣятельности, рѣшительно требуемой современными условіями юридической жизни, оно исполняетъ существенную функцію правовѣдѣнія и не нуждается въ особомъ оправданіи.

Главнымъ органомъ новаго направленія въ правовѣдѣніи служитъ открытое въ 1869 г. въ Парижѣ Общество сравнительнаго законодательства, которое имѣло П. Жида не только въ числѣ своихъ основателей и президентовъ, но также однимъ изъ самыхъ неутомимыхъ и драгоцѣннѣйшихъ сотрудниковъ. Въ настоящее время дѣйствуютъ еще Общество сравнительнаго законодательства въ Лондонѣ, два такихъ же Общества въ Берлинѣ; издается нѣсколько журналовъ, посвященныхъ этой отрасли правовѣдѣнія; организуется ея преподаваніе; ведется законодательно-политическая пропаганда; созываются международные конгрессы, конференціи и т. д. Въ этомъ отношеніи и, особенно, въ отношеніи изданія матеріаловъ по законодательствамъ различныхъ народовъ, систематической обработки этихъ матеріаловъ, практическихъ указаній на способы ихъ утилизированія и т. д., дѣятельность французскихъ юристовъ идетъ, по общему признанію, впереди дѣятельности юристовъ всѣхъ другихъ странъ, и импульсъ, сообщенный въ этомъ направленіи французской юриспруденціи работами Жида, не можетъ быть предметомъ сомнѣнія.

Того же нельзя, къ сожалѣнію, сказать о сравнительной исторіи права, которой болѣе посчастливилось въ Англіи и Германіи, нежели во Франціи, гдѣ въ числѣ послѣдователей — и то ненастоящихъ — этой дисциплины трудно было бы назвать даже нѣсколько крупныхъ именъ, тогда какъ въ Англіи и Германіи эти имена считаются десятками. Между тѣмъ необходимо помнить, что, какъ ни несомнѣнно и ни плодотворно развитіе практики сравнительнаго правовѣдѣ-

нія, эта практика, въ смыслѣ прикладного знанія, не должна быть никогда смѣшиваема со сравнительной исторіей права, въ смыслѣ научной дисциплины, устраняющей отъ себя всякія практическія цѣли и только обобщающей результаты исторіи права изслѣдуемыхъ ею народовъ. Эта научная дисциплина стоитъ въ такомъ же отношеніи къ практикѣ сравнительнаго правовѣдѣнія, въ какомъ, напр., механика стоитъ къ машиновѣдѣнію или кораблестроенію, и если начало ея, какъ и всякой науки, идетъ отъ практики, то развитое состояніе подчиняетъ себѣ эту практику. Разъ сравнительная исторія права приходитъ, какъ мы на это уже указывали, къ высшимъ обобщеніямъ въ области права, основаннымъ не только на матеріалѣ практики, но и на всей исторіи права, то установленіе этой дисциплины дѣлается тѣмъ необходимѣе, что безъ ея руководства не можетъ обойтись ни практическое сравнительное правовѣдѣніе, ни какая бы то ни было юридическая практика, дорожащая своей правильной постановкой.

Таково, въ общемъ, отношеніе между практическимъ и историческимъ сравнительнымъ правовѣдѣніемъ, и его нужно было выяснить для того, чтобы отвѣтить правильно на поставленный выше вопросъ: смѣшиваетъ-ли Жидъ въ занимающемъ насъ изслѣдованіи задачи того и другого правовѣдѣнія, и если смѣшиваетъ, то какъ и почему?

Положеніе Жида въ настоящемъ вопросѣ совсѣмъ исключительное: его книга «о гражданскомъ положеніи женщины» не можетъ быть причислена односторонне ни къ практическому сравнительному правовѣдѣнію, ни къ сравнительной исторіи права; одной ногой она стоитъ на практической, другой—на исторической почвѣ и старается объединить ту и другую.

Слишкомъ чуткій, съ одной стороны, къ запросамъ современной юридической жизни и слишкомъ внимательный и умѣлый наблюдатель за общимъ ходомъ развитія права, чтобы не понять важности, при настоящемъ состояніи права, практики сравнительнаго правовѣдѣнія, онъ быстро усвоиваетъ себѣ ея точку зрѣнія и энергично проводитъ ее какъ въ своемъ «Изслѣдованіи о гражданскомъ положеніи женщины»,—особенно во 2-ой половинѣ этого изслѣдованія, посвященной Франціи,—такъ и еще въ многочисленныхъ работахъ, напечатанныхъ имъ въ изданіяхъ Парижскаго Общества сравнительнаго законодательства и въ другихъ періодическихъ изданіяхъ.

Слишкомъ большой и проницательный ученый, съ другой стороны,

и слишкомъ хорошій знатокъ языковъ, классической древности, среднихъ вѣковъ и исторіи права, чтобы не сознавать независимости этой послѣдней отъ удовлетворенія потребностей настоящей минуты, онъ нигдѣ не жертвуетъ этой независимостью цѣлямъ политики права и выдерживаетъ въ отношеніи къ прошлому точку зрѣнія исторіи права съ такой же послѣдовательностью, съ какой точка зрѣнія политики права проводится имъ въ отношеніи къ настоящему.

Но и помимо счастливаго сочетанія въ своемъ лицѣ субъективныхъ условій, обезпечивающихъ одинаковый успѣхъ работы въ области, какъ практическаго, такъ и историческаго сравнительнаго правовѣдѣнія, Жидъ имѣетъ также объективныя основанія считать объединеніе той и другой области возможнымъ—по крайней мѣрѣ, въ извѣстныхъ предѣлахъ. Прежде всего, тамъ и здѣсь господствуетъ теперь одинъ и тотъ же духъ и одна и та же метода: это—духъ критики и метода наблюденія. Мѣсто соблазнительныхъ и иногда геніальныхъ, но всегда произвольныхъ и безпочвенныхъ обобщеній,—въ которыя старая философія исторіи, начиная отъ Кампанеллы и Вико, проходя черезъ Боссюэта и Кондорсэ и кончая Гердеромъ, Сенъ-Симономъ и Гегелемъ, хотѣла заключить всѣ судьбы человѣчества,—заняли внимательныя и кропотливыя изслѣдованія фактовъ, ихъ анализъ, сравненіе и осторожный синтезъ, заставляющій часто довольствоваться простыми гипотезами – тамъ, гдѣ прежде формулировались смѣло законы. Точки соприкосновенія между исторіей права и сравнительнымъ правовѣдѣніемъ простираются, далѣе, и на предметъ изученія: то, что исторія права дѣлаетъ для изученія учрежденій и юридическихъ доктринъ одного народа въ его прошломъ, то же сравнительное правовѣдѣніе дѣлаетъ для изученія учрежденій и доктринъ различныхъ народовъ, сближаемыхъ въ общемъ наблюденіи. Въ этомъ смыслѣ исторія права можетъ считаться даже формой сравнительнаго правовѣдѣнія, такъ какъ она сближаетъ послѣдовательныя состоянія учрежденій и идей въ исторіи того или другого законодательства. Точно такъ же сравнительное правовѣдѣніе можетъ считаться формой исторіи права, такъ какъ, подобно послѣдней, оно занимается сближеніемъ тѣхъ же учрежденій и идей въ исторіи цѣлаго ряда законодательствъ.

Такимъ образомъ, несмотря на различіе задачъ и точекъ зрѣнія, исторія права и практика сравнительнаго правовѣдѣнія сходятся,

несомнѣнно, въ сравнительной исторіи права, и это послѣднее названіе усвоено какъ каѳедрѣ, спеціально учрежденной лѣтъ 15 назадъ въ Парижскомъ Collège de France, такъ и курсамъ по сравнительному правовѣдѣнію, читаемымъ теперь въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ университетахъ. Если преподаваніе съ этихъ каѳедръ и все вообще современное сравнительное правовѣдѣніе, особенно во Франціи, упрекаютъ иногда, и не безъ основанія, въ томъ, что оно сосредоточивается на правѣ настоящаго времени, то развѣ исторія когда-нибудь оканчивается, и настоящее не превращается каждый день въ прошлое, вступая eo ipso въ область исторіи? Чисто историческія изслѣдованія по сравнительному правовѣдѣнію навлекаютъ на себя, какъ на это уже указывалось, противоположный и то же небезосновательный упрекъ въ томъ, что они посвящены почти исключительно первобытному праву и оставляютъ безъ разсмотрѣнія новыя фазы развитія права.

Книгу Жида «о гражданскомъ положеніи женщины» минуютъ оба приведенныхъ упрека, и это обстоятельство сообщаетъ ей, естественно, особую цѣнность, не взирая ни на неполноту собраннаго въ ней матеріала, ни на возможность возражать, благодаря новымъ изслѣдованіямъ, противъ тѣхъ или другихъ изъ основанныхъ на этомъ матеріалѣ выводовъ. Быть можетъ, это же обстоятельство даетъ поводъ и нѣкоторымъ французскимъ юристамъ связывать—если не исключительно съ настоящимъ сочиненіемъ Жида, то съ представляемымъ имъ, во всякомъ случаѣ, движеніемъ идей въ области исторіи права и его сравнительнаго изученія,—поворотъ современнаго правовѣдѣнія отъ унаслѣдованнаго имъ отъ прежняго времени формализма и профессіонализма къ несравненно болѣе широкой постановкѣ своихъ задачъ на совокупности общественнаго знанія и чисто научной работѣ. Вотъ что, въ связи со всѣмъ предшествующимъ, можетъ особо мотивировать переводъ на русскій языкъ книги П. Жида даже черезъ полвѣка послѣ того, какъ она впервые вышла въ свѣтъ.

Ю. Гамбаровъ.

ВВЕДЕНІЕ.

I.

Въ половинѣ перваго столѣтія нашей эры, въ неопредѣленную эпоху между первыми годами императорства Клавдія и послѣдними—Веспасіана, два римскіе сенатора, имена которыхъ остались довольно темными, Маркъ Силаній и Веллей Туторъ, провели въ Сенатѣ законъ, оставленный въ тѣни не только исторіей, но, кажется, и его современниками. Этотъ законъ обрекалъ женщинъ на новую неспособность къ совершенію нѣкоторыхъ гражданскихъ сдѣлокъ; то былъ senatus-consultum Vellei.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что законъ, предметъ котораго такъ спеціаленъ, а время появленія такъ удалено отъ насъ, представляетъ интересъ только для рѣдкихъ изслѣдователей юридическихъ древностей, что изученіе его надо предоставить послѣдователямъ Бартоля и Альціада. Таково, по крайней мѣрѣ, общее мнѣніе, и нашъ senatus-consultum никогда не привлекалъ вниманія ни историковъ, ни публицистовъ. Его не замѣтили ни Тацитъ, ни Монтескьё, отъ которыхъ ничто не ускользало; онъ и до сихъ поръ находитъ себѣ толкователей и критиковъ лишь въ узкомъ кругу комментаторовъ пандектъ и профессіональныхъ юристовъ.

Между тѣмъ сенатусъ-консультъ, содержаніе котораго было такъ ограничено, распространилъ свое дѣйствіе и вліяніе на всю область гражданскаго права. Этотъ законъ, восходящій къ первымъ годамъ нашей эры, сумѣлъ отстоять себя въ теченіе вѣковъ, проникъ къ новымъ народамъ, не согнувшись ни передъ ударами революціи, ни передъ разрушительнымъ дѣйствіемъ времени и, наконецъ, удержался до нашихъ дней, полный силы и будущности не у одного изъ европейскихъ народовъ. У большинства ихъ онъ

сохранялъ долго полное дѣйствіе; у другихъ—паденію его предшествовала продолжительная борьба; даже тѣ народы, которые оказали ему наиболѣе энергичное сопротивленіе, не въ силахъ были не подчиниться его вліянію.

Причина такой живучести заключается въ томъ, что senatusconsultum Velleі не былъ простой законодательной случайностью, брошенной капризомъ какого-либо государя, или вызванной требованіемъ минуты. По своему происхожденію онъ принадлежитъ къ первымъ вѣкамъ исторіи, а по оказанному имъ вліянію, онъ сохраняетъ значеніе и до нашихъ дней. Его дата и особая форма относятся къ очень отдаленному времени и народу; но онъ возбуждаетъ вопросъ, который касается всѣхъ народовъ и всѣхъ временъ. И вопросъ этотъ, тысячу разъ затрогиваемый публицистами, тысячу разъ обсуждаемый и законодателемъ, все еще ставится, со всѣми своими опасностями и сомнѣніями, какъ законодателями, такъ и публицистами. Это—вопросъ о гражданской способности женщинъ.

Есть, безъ сомнѣнія, и другіе законы, которые, подобно сенатусъ-консульту Velleius'a, затрогиваютъ тотъ же большой вопросъ, и которые, то ограничивая правоспособность женщины, то устанавливая въ ея пользу привилегіи, создавали ей совсѣмъ особое положеніе въ гражданскомъ правѣ. Но я смѣю утверждать, что нигдѣ этотъ вопросъ не выдвигается въ такой ясной, свободной отъ всѣхъ постороннихъ элементовъ формѣ, какъ именно въ нашемъ сенатусъ-консультѣ. Между многочисленными законами, ограничивающими тѣмъ или инымъ путемъ правоспособность женщины, очень мало такихъ, въ основаніи которыхъ лежала бы мысль, что женщина *по самой своей природѣ* лишена необходимыхъ качествъ для свободнаго отправленія гражданскихъ правъ. Чаще всего соображенія о слабости пола смѣшиваются и даже замѣняются самыми разнообразными соображеніями другихъ порядковъ. Почему, напримѣръ, законъ отказывалъ часто дочери или сестрѣ въ ихъ долѣ наслѣдства? Не имѣлось ли тутъ особенно въ виду обезпечить сохраненіе имущества въ семьѣ? Почему супруга ставится и въ наше время въ такое приниженное, въ смыслѣ правоспособности, положеніе, которое начинается съ ея вступленія въ бракъ и оканчивается съ его прекращеніемъ? Не потому ли, въ особенности, чтобы сохранить единство въ управленіи общимъ хозяй-

ствомъ? Даже то учрежденіе, которое, повидимому, связано самымъ тѣснымъ образомъ съ идеей о слабости пола, учрежденіе опеки надъ женщиной,—находитъ себѣ иногда объясненіе въ совершенно другихъ причинахъ. Если вы видите, что эта опека направлена болѣе на имущество, чѣмъ на личность, что она прекращается или смягчается съ достиженіемъ совершеннолѣтія или съ вдовствомъ опекаемой, то будьте увѣрены, что главная ея цѣль состоитъ не въ томъ, чтобы помочь слабости женщинъ, а въ томъ, чтобы обезпечить силу и могущество семьи, остановить раздробленіе наслѣдственнаго имущества и ослабленіе домашней дисциплины. Однимъ словомъ, во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ приниженіе правоспособности женщинъ есть послѣдствіе, а не причина, частичное явленіе, а не общій принципъ. Приниженa въ правоспособности жена, дочь, сестра, а не женщина. Это—важное различіе, которое долженъ имѣть въ виду всякій, кто хочетъ проникнуть въ мысль законодателя.

Но возьмемъ теперь женщину безъ мужа, отца, агнатовъ,—свободную отъ всякихъ семейныхъ связей, могущихъ служить помѣхой для отправленія ея нормальной правоспособности. Можетъ ли она въ этомъ случаѣ пользоваться равной съ мужчиной правоспособностью въ области гражданскаго права? Вотъ вопросъ, поднятый въ римскомъ Сенатѣ законодательной иниціативой консуловъ Силанія и Тутора и разрѣшенный изданіемъ сенатусъ-консульта Velleius'a.

И опять этотъ же вопросъ возбужденъ теперь у насъ, но въ виду не законодательной санкціи, а научнаго изслѣдованія: онъ лежитъ въ основаніи программы, предложенной Академіей темы, и на разрѣшеніе или, по крайней мѣрѣ, на разъясненіе его будетъ направленъ весь настоящій трудъ.

Намъ кажется, мы плохо бы отвѣтили на предложеніе Академіи, если бы ограничились однимъ анализомъ и комментаріемъ текста сенатусъ-консульта, воспретившимъ женщинамъ поручительство за другихъ. Въ смыслѣ толкованія этого закона все было уже сказано и тысячу разъ повторено, со времени глоссаторовъ и до нашихъ дней. Если мы поднимемся до идеи, изъ которой исходитъ этотъ законъ, то мы увидимъ, какъ быстро расширится поле нашего изслѣдованія. Идея эта—неспособность женщины къ важнѣйшимъ актамъ гражданской жизни; это, по выраженію

освященному юрисконсультами древняго Рима и повторяемому, какъ банальный припѣвъ, юристами всѣхъ временъ,—*fragilitas sexus*. Чтобы вполнѣ понять и оцѣнить эту законодательную идею, необходимо разсмотрѣть ее со всѣхъ сторонъ, во всѣхъ ея примѣненіяхъ, и сгруппировать вокругъ senatus-consultum Velleii всѣ разнообразные законы, которымъ онъ положилъ начало.

Вотъ почему я желалъ бы въ этомъ трудѣ къ общему очерку о правоспособности женщины въ различныхъ отношеніяхъ гражданскаго права присоединить еще болѣе спеціальное изслѣдованіе о способности женщинъ къ заключенію обязательствъ. Эта спеціальная сторона вопроса была наименѣе изучена — несмотря на то, что она, можетъ-быть, наиболѣе достойна изученія. Истинный характеръ пониженный правоспособности женщины, какъ на это уже указывалось, вырисовывается лучше въ ея отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ, чѣмъ въ кругу семьи. Между тѣмъ, до сихъ поръ старательно изучали женщину, какъ супругу, дочь, мать, тогда какъ женщина-должница въ отношеніи къ третьимъ лицамъ всегда оставалась въ тѣни. Въ то время, какъ комментаторы римскихъ законовъ ограничивались обыкновенно толкованіемъ воспрещенія Сената, не вдаваясь въ критику принципа и общаго духа этого воспрещенія, публицисты, съ своей стороны, болѣе интересовавшіеся общественнымъ положеніемъ женщины, не обращали почти никогда достаточно вниманія на сенатусъ-консультъ Velleius'а. Проницательность нашихъ учителей, избравъ этотъ старый законъ, въ качествѣ академической темы, открыла въ истощенной почвѣ новую плодоносную жилу и указала, рядомъ съ проторенными дорожками, еще не изслѣдованный путь, могущій лучше всего привести къ цѣли.

II.

Изслѣдовать положеніе женщины — значитъ касаться одной изъ самыхъ тонкихъ проблемъ соціальной науки. Раньше, чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ сторонъ этой проблемы, мнѣ хочется обнять ее во всей цѣлости и постараться выяснить ея значеніе и связанныя съ нею трудности.

Одно изъ суевѣрій древнихъ германцевъ приписывало женщинѣ какое-то божеское предвидѣніе и сверхъестественное вліяніе

на судьбу человѣка. Можетъ-быть, въ основѣ этого наивнаго вѣрованія скрывалась и извѣстная доля истины. Не выражало ли оно женскаго вліянія, всегда дѣятельнаго, хотя и незамѣтнаго, облеченнаго, какъ бы высшимъ могуществомъ, хотя и недоступнымъ взору, но всюду присутствующимъ? Скрытая въ тѣни домашняго очага, женщина остается, повидимому, въ сторонѣ отъ всѣхъ великихъ событій этого міра, и лишь изрѣдка выступаетъ она на сценѣ исторіи. За немногочисленными исключеніями, болѣе громкими, чѣмъ обычными, ее нельзя было встрѣтить ни на полѣ брани, ни въ народномъ собраніи, ни въ совѣтахъ монарховъ. Законы издавались безъ нея и часто противъ нея; ее исключили изъ общественной жизни, осудили на неспособность даже въ сферѣ гражданскаго права, заточили въ домѣ отца или мужа, какъ въ какой-нибудь тюрьмѣ, чтобы лучше обезпечить ея безсиліе. Но даже изъ этого тѣснаго круга, въ который замыкали женщину законы, ея вліяніе прорывалось, какъ бы чрезъ тайные каналы и распространялось на все общество. И тѣмъ болѣе это вліяніе было неотразимо, что дѣйствовало въ тѣни, тѣмъ болѣе непреодолимо, что не прибѣгало ни къ силѣ, ни къ принужденію; „невидимое и всесущее“, оно сказывалось во всѣхъ великихъ событіяхъ народной жизни. Это сознавалось ясно еще въ древнія времена. Басни и легенды, заключающія въ себѣ часто болѣе глубокую правду, чѣмъ та, которую обнаруживаетъ матеріальная точность исторіи, выставляютъ почти всегда оскорбленное чувство супруги или соблазнъ дѣвушки главной причиной возвышенія или паденія той или другой имперіи. Инстинктъ народовъ совпадаетъ здѣсь съ мудростью законодателя и философовъ. Они также поняли скрытое могущество этого слабаго по виду пола, и въ основѣ всѣхъ соціальныхъ реформъ, уже осуществленныхъ или оставшихся лишь мечтой какого-нибудь Ликурга или Платона, можно всегда встрѣтить какую-либо систему регулированія правъ женщины.

Намъ нѣтъ, впрочемъ, надобности прибѣгать къ свидѣтельству мудрецовъ. Вся исторія говоритъ, что не было ни одного измѣненія въ положеніи женщины, которое не реагировало бы тотчасъ и на строй всего общества. Всюду, гдѣ мужчина унижалъ женщину, онъ унижалъ и себя; всюду, гдѣ онъ не признавалъ ея правъ, онъ терялъ и свои права.

Такъ, въ каждой странѣ, гдѣ на женщину смотрѣли какъ на рабыню, человѣкъ утрачивалъ не только чувство, но самое понятіе свободы. Не это ли мы видимъ на всемъ Востокѣ, гдѣ господствуетъ полигамія, и гдѣ, по словамъ Монтескьё, находится „настоящая родина деспотизма“? Тутъ женщина принадлежитъ мужчинѣ, но зато и мужчина, въ свою очередь, принадлежитъ деспоту; тиранъ въ своемъ гаремѣ, внѣ его, онъ—всюду рабъ.

Тамъ же, гдѣ женщина сохраняетъ независимость, но утрачиваетъ чистоту, гдѣ бракъ обезчещенъ распущенностью нравовъ и легкостью развода,—тамъ быстро пропадаетъ и сознаніе личнаго достоинства, какъ у частнаго человѣка, такъ и у гражданина, а развратъ, скрытый сначала въ семейномъ кругу, охватываетъ постепенно весь соціальный организмъ.

Всюду, напротивъ, гдѣ законы обезпечиваютъ за женщиной ея свободу, гражданскую правоспособность, нравственное достоинство, начинаютъ процвѣтать, какъ на благодатной почвѣ, всѣ домашнія и гражданскія добродѣтели, свобода какъ частнаго лица, такъ и гражданина.

Такова важность вопроса, на который мы наталкиваемся у самаго порога нашего труда. Къ сожалѣнію, насколько важно значеніе этого вопроса, настолько же трудно его разрѣшеніе. Этотъ вопросъ затрогивали безпрестанно, но никогда не исчерпывали, сто разъ разрѣшали, но опять ставили на очередь, и несмотря на то, что, повидимому, испробованы были уже всѣ возможные способы рѣшенія,онъ и до сихъ поръ, кажется, ожидаетъ еще окончательнаго приговора. Я думаю даже, что въ соціальныхъ наукахъ нѣтъ вопроса, который вовлекалъ бы человѣческій умъ въ столь грустныя заблужденія. Самые мудрые и свѣдущіе люди, наравнѣ съ простыми смертными, терялись предъ нимъ и, не внимая указаніямъ ума или опыта, слѣдовали, при разрѣшеніи его, капризамъ фантазіи и воображенія. Прочтите хотя бы тѣ безсмертные діалоги, которые, будучи внушены отцомъ всѣхъ философовъ и записаны однимъ изъ его самыхъ краснорѣчивыхъ учениковъ, содержатъ въ себѣ чуть ли не послѣднее слово античной мудрости, и вы увидите, какъ Сократъ и Платонъ регулируютъ судьбу женщины въ своей идеальной республикѣ; я не рѣшаюсь приводить здѣсь этихъ страницъ,—до того онѣ оскорбительны для здраваго смысла и нравственнаго чувства. Да и какая необходимость обращаться къ язы-

ческой древности? Развѣ современныя утопіи какого-нибудь Сенъ Симона или Фурье уступятъ въ странности и экстравагантности утопіи греческаго философа?

Но болѣе всего достоинъ вниманія тотъ фактъ, что учрежденія, имѣющія отношеніе къ этому вопросу, часто не менѣе странны, чѣмъ теоріи философовъ. Стоитъ лишь выйти за границу цивилизованной Европы и бросить взглядъ на положеніе женщины въ различныхъ странахъ и въ различныя времена, чтобъ увидѣть, какъ все то, о чемъ мечтали теоретики, было осуществлено и на дѣлѣ; тѣ воззрѣнія, которыя могли возникнуть, повидимому, лишь въ болѣзненномъ воображеніи отшельника-мечтателя, находятъ примѣненіе въ правахъ и освѣщаются законами.

Раба въ одномъ мѣстѣ, женщина является суверенной властительницей въ другомъ. Въ однѣхъ странахъ господствуетъ полигамія, въ другихъ — поліандрія, въ третьихъ—самое грубое смѣшеніе половъ. Чтобы встрѣтить женщинъ, тиранически господствующихъ надъ мужчинами, нѣтъ надобности обращаться непремѣнно къ миѳической эпохѣ Амазонокъ. Прислушайтесь лишь къ разсказамъ современныхъ путешественниковъ; они передадутъ вамъ, что во многихъ частяхъ центральной Африки и на югѣ Азіи женщины владѣютъ мужскими гаремами и руководятъ всѣмъ, какъ въ своей семьѣ, такъ и въ государствѣ. Наоборотъ, у монгольскихъ татаръ женщина осуждена на самое тяжелое рабство; въ беременномъ состояніи на нее смотрятъ, какъ на нечистое созданіе и гонятъ изъ дома. У нѣкоторыхъ народовъ древняго времени проституція была въ почетѣ, и наиболѣе развращенныя женщины считались наиболѣе достойными. Почти то же самое замѣчается и теперь у нѣкоторыхъ народностей Океаніи; среди другихъ, отъ замужней женщины требуется самая строгая вѣрность, тогда какъ дѣвушка поощряется на постыднѣйшій развратъ. Существовавшій въ древности коммунизмъ женъ, о которомъ мечтали Платонъ и Фурье, удерживается и въ наше время у нѣкоторыхъ племенъ южной Азіи и на островахъ Индійскаго океана. У однихъ женщины принадлежатъ сообща всему племени, у другихъ—всѣмъ членамъ одной семьи [1]).

[1]) Meiners, *Geschichte des weiblichen Geschlechts*, Гановеръ, 1788, томъ 1-й, стр. 61, 75, 102, 106 и т. д. J. Unger, *die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*. Вѣна, 1850 г., стр. 10 и далѣе.

Не достаточно ли сказаннаго, и можно ли придумать еще болѣе безнравственную теорію соціальнаго положенія женщины, чѣмъ все то, что уже нашло себѣ мѣсто въ печальной исторіи человѣчества?

Это, повторяю, замѣчательное явленіе, такъ какъ, изучая большинство учрежденій гражданскаго права, относительно которыхъ нельзя сказать, чтобы они были произвольнымъ созданіемъ положительнаго закона, мы замѣчаемъ, что эти учрежденія, по крайней мѣрѣ, въ своихъ основныхъ чертахъ, освящаются обычаемъ всѣхъ странъ и всѣхъ временъ. Нѣтъ народа, который не признавалъ бы власти отца надъ дѣтьми, оказанія покровительства несовершеннолѣтнимъ, вѣры въ силу договоровъ, и если иногда поднимаются голоса противъ такого, какъ бы всеобщаго соглашенія, то это—одинокій протестъ какого-нибудь утописта, парадоксы котораго остаются безъ отклика. Геніальные люди могутъ создавать парадоксы, но народъ не создаетъ ихъ никогда. Самыми невѣжественными и дикими народами руководитъ въ ихъ учрежденіяхъ родъ какого-то провиденціальнаго инстинкта, и часто въ наивныхъ обычаяхъ примитивныхъ народцевъ скрывается столько же мудрости, сколько и въ наиболѣе разработанныхъ кодексахъ передовыхъ народовъ. Почему нельзя сказать того же и о законахъ, регулирующихъ положеніе женщины, и почему, вмѣсто мудраго соглашенія среди человѣческихъ обществъ, мы встрѣчаемъ здѣсь лишь хаосъ странныхъ противорѣчій?

— А потому, что у народовъ, какъ и у индивидумовъ, есть свои страсти и свои слабости. Часто не холодный разумъ, а неудержимое чувство, влекущее одинъ полъ къ другому, внушаетъ законы, которые не связываютъ въ этихъ случаяхъ, а разъединяютъ оба пола. Можно ли послѣ этого удивляться, что подобные законы, вмѣсто водворенія нравственнаго порядка, освящаютъ иногда порокъ и безчестіе? Такіе же шаткіе и подвижные, какъ и диктующіе ихъ грубые инстинкты, они должны различаться, по темпераменту народа, характеру климата, степени культуры; вмѣсто единства по образу разума человѣчества, они представляютъ безсвязность по образу его страстей и заблужденій.

Но эти заблужденія приносятъ съ собою и поученіе: пройдя черезъ множество колебаній и опытовъ, законы о положеніи женщины постоянно прогрессировали, и теперь писатель, рѣшающійся

бросить общій взглядъ на эти столь разнообразные законы, находитъ въ самомъ ихъ разнообразіи лучшее поученіе и захватывающій интересъ. Если бы мы могли въ этомъ трудѣ изслѣдовать шагъ за шагомъ всѣ законодательства, которыя считаются въ исторіи, то намъ не встрѣтилось бы ни одного такого, которое не представляло бы относительно положенія женщины той или другой системы, того или другого принципа, — ни одного, которое не открывало бы предъ нашими глазами новой стороны обширной проблемы. Сначала намъ пришлось бы обратиться къ древнѣйшимъ традиціямъ тѣхъ патріархальныхъ племенъ, среди которыхъ женщина, — почитаемая, но въ то же время и порабощенная, — не *имѣла надъ собою* другого господина, другого законодателя и судью, какъ своего отца или мужа. Сопоставляя затѣмъ двѣ цивилизаціи, раздѣлившія между собою древній міръ, мы должны были бы указать, въ противоположность восточному деспотизму, обратившему женщину въ рабыню, на либеральный духъ греческихъ и латинскихъ республикъ, признавшихъ впервые моногамію и приданое и тѣмъ обезпечившихъ навсегда за супругою ея достоинство и независимость. Послѣ обзора послѣдовательныхъ фазисовъ римскаго законодательства, медленнаго развитія языческой цивилизаціи и ея быстраго паденія, предъ нами раскрылась бы съ проповѣдью Христа и эра новыхъ обществъ. Тогда въ туманномъ хаосѣ среднихъ вѣковъ намъ пришлось бы разобрать тѣ три элемента, изъ которыхъ составились, въ самыхъ разнообразныхъ комбинаціяхъ, всѣ законодательства современной Европы: духъ христіанства, духъ римскаго права и духъ германизма. Намъ слѣдовало бы далѣе показать, какими разнообразными путями всѣ эти три принципа вели къ поднятію положенія женщины, къ расширенію ея правъ: первый — освященіе нерасторжимости брака, второй — обезпеченіемъ сохранности приданаго и третій — внушеніемъ того рыцарскаго энтузіазма, который возводилъ уваженіе къ женщинѣ въ основную добродѣтель героя. Чтобы лучше разобраться въ этихъ различныхъ элементахъ, которые сплетаются и перемѣшиваются между собою, мы должны были бы подвергнуть изслѣдованію каждый изъ нихъ въ отдѣльности, и въ тѣхъ именно странахъ, гдѣ они получили особенно преобладающее значеніе: германское право — въ сѣверныхъ государствахъ, римское — въ классической Италіи, и каноническое — въ католической Испаніи.

Вступая, наконецъ, во Францію, мы увидѣли бы тамъ теченіе всѣхъ этихъ источниковъ новыхъ цивилизацій, сліяніе этихъ источниковъ и образованіе изъ нихъ нашего гражданскаго кодекса, этого полнѣйшаго памятника современнаго законодательства. Придя тогда къ конечному пункту нашего изслѣдованія, мы могли бы сравнить нашъ кодексъ въ его опредѣленіяхъ о правоспособности женщины съ главнѣйшими кодексами древности и иностранныхъ государствъ, и, обогатившись такимъ образомъ опытомъ стольких вѣковъ и столь разнообразныхъ народовъ, разрѣшить уже съ полнымъ знаніемъ дѣла предложенную Академіей задачу.

Вотъ прекрасное, конечно, и обширное поле для научнаго изслѣдованія — слишкомъ даже обширное для нашихъ слабыхъ силъ и неопытности! Но что же такое! Мы все-таки попытаемся... Если рѣшеніе вопроса окажется свыше нашихъ силъ, то изслѣдованіе его само по себѣ все же слишкомъ соблазнительно! Каковъ бы ни былъ пріемъ, который будетъ оказанъ этому сочиненію Академіей, одна честь обратить на него, хотя бы на минуту, вниманіе знаменитѣйшихъ ученыхъ есть уже достаточная награда.

КНИГА ПЕРВАЯ.

ДРЕВНІЙ МІРЪ.

КНИГА ПЕРВАЯ

Древній міръ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

Начало развитія.

I.

Въ исторіи нѣтъ времени болѣе темнаго и въ то же время болѣе привлекательнаго, какъ ея начальная пора. Люди всегда стремились разсѣять мракъ, окутывающій колыбель вступленія ихъ въ исторію. И эта любознательность тѣмъ болѣе законна, что, не зная исходнаго пункта, нельзя было бы опредѣлить того направленія, въ которомъ шло развитіе человѣчества. И современная наука принялась съ большой энергіей за изслѣдованія этого темнаго періода исторіи, занимавшаго прежде воображеніе поэтовъ. Разрушенная мечта золотого вѣка уступила мѣсто старательно обработаннымъ научнымъ системамъ и гипотезамъ,—конечно, менѣе привлекательнымъ и, можетъ-быть, столь же химеричнымъ, какъ и поэтическая фикція прежняго времени. Я не имѣю намѣренія дѣлать здѣсь выборъ между этими противорѣчивыми системами [1]), тѣмъ менѣе—предлагать отъ себя какую-либо новую систему. Моя задача болѣе скромна: она ограничивается группировкой нѣкоторыхъ свидѣтельствъ о положеніи женщины въ первые вѣка исторіи,—свидѣтельствъ, которыя будутъ говорить сами за себя.

---

[1]) Между систематическими сочиненіями о положеніи женщинъ у примитивныхъ народовъ, мнѣ придется особенно часто цитировать, какъ наиболѣе новый и наиболѣе научный, трудъ Баховена, *Das Mutterrecht*, Штутгартъ, 1861 г.

Но какія у насъ могутъ быть свидѣтельства о доисторической эпохѣ? Это, прежде всего, преданія, сохранившіяся у первобытныхъ народовъ. Преданія, правда, облекаются часто въ форму баснословныхъ разсказовъ и поэтическихъ легендъ, но это еще не основаніе для ихъ отрицанія. Народныя сказанія, таинственные миѳы—не произвольное изобрѣтеніе отдѣльныхъ индивидуумовъ, а безсознательное произведеніе всего народа,—почему они и могутъ считаться самымъ искреннимъ выраженіемъ его мысли, его генія. Здѣсь нельзя, конечно, искать исторической точности, столь необходимой при изслѣдованіи матеріальныхъ фактовъ, но если одна исторія можетъ дать намъ свѣдѣнія о внѣшней жизни народа, то не миѳамъ ли и легендамъ остается знакомить насъ съ идеями, вѣрованіями и внутреннимъ смысломъ его учрежденій?

Есть еще одинъ, можетъ-быть, и болѣе вѣрный источникъ, остававшійся до сихъ поръ въ большомъ пренебреженіи; это отчеты путешественниковъ посѣщавшихъ дикія племена Океаніи, Африки или Новаго Свѣта. Историкъ можетъ найти въ этихъ недавнихъ и современныхъ показаніяхъ прообразъ нашихъ отцовъ и ихъ жизни за 40 или 50 вѣковъ до нашего времени. Какъ геологъ, не раскапывая земли, открываетъ уже на ея поверхности образцы каждаго геологическаго періода, такъ и историкъ, не уходя въ глубину прошлаго, можетъ встрѣтить теперь въ различныхъ частяхъ земного шара общества въ младенческій періодъ ихъ развитія. Не всѣ народы старились одновременно, не всѣ шли однимъ шагомъ по пути прогресса. Нѣкоторые изъ нихъ достигнувъ первой стадіи историческаго состоянія,—абсолютной монархіи,—какъ бы остановились и застыли въ этомъ видѣ навсегда; современныя намъ большія восточныя имперіи ничѣмъ не отличаются отъ такихъ же государствъ во времена Ктезія и Геродота. Еще болѣе отсталыя племена не пошли далѣе семейнаго строя; они не вступили даже въ періодъ образованія государства, и ихъ исторія еще не началась; арабы пустынь и разныя народности центральной Африки живутъ и теперь такими же семьями или племенами, какими жили евреи во времена Авраама и Іакова. Наконецъ, идя далѣе, мы находимъ и такія дикія племена, у которыхъ нѣтъ ни государства, ни просто огранизованной семьи. Первые европейцы, которымъ довелось посѣтить такія несчастныя страны, натолкнулись на людей, чуждыхъ всякой культуры, отрѣ-

занныхъ другъ отъ друга обширными пустынями или морями, живущихъ изо дня въ день, безъ мысли о прошломъ, безъ заботы о будущемъ, и неспособныхъ ни къ какому развитію, ни умственному, ни нравственному. Если мы задаемся мыслью узнать, чѣмъ могло быть общество въ его первоначальномъ и грубѣйшемъ видѣ, то гдѣ намъ найти болѣе вѣрное изображеніе такого общества, какъ не въ разсказахъ этихъ путешественниковъ?

Указывая на обѣ категоріи свидѣтельствъ, я нисколько не желаю преувеличивать ихъ цѣнности. Я знаю, что они иногда едва ли и заслуживаютъ названія свидѣтельствъ,—настолько подозрительна ихъ правдоподобность. Первоначальныя преданія исполнены поэтическихъ обмановъ, которымъ такъ поддается воображеніе народа въ младенческомъ состояніи. Современные путешественники—не менѣе довѣрчивы, чѣмъ старый Геродотъ и часто уступаютъ ему въ искренности. Но если тѣ и другія свидѣтельства, взятыя каждое въ отдѣльности, представляютъ лишь недостаточное доказательство, то при сопоставленіи и сравненіи они могутъ дать основаніе для очень важнаго предположенія. Разъ въ результатѣ сравненія оказывается, что древнія преданія находятъ подтвержденіе въ новѣйшихъ наблюденіяхъ, легенды Геродата или Ктезія совпадаютъ съ сообщеніями Бугенвиля или Ля-Перуза, то этимъ показаніямъ нельзя не придать нѣкоторой вѣры, такъ какъ свидѣтели столь отдаленныхъ другъ отъ друга эпохъ могутъ сойтись лишь на почвѣ истины. Допросимъ поэтому каждаго изъ этихъ свидѣтелей поочередно и сравнимъ ихъ отвѣты.

Безъ сомнѣнія, древнія преданія не имѣютъ лучшаго истолкователя, чѣмъ Геродотъ; даже его легковѣрность и недостатокъ критики служатъ надежной гарантіей въ томъ, что слова Геродота представляютъ собою точный отголосокъ народныхъ вѣрованій: его книгой говоритъ съ нами весь античный міръ. Что же мы читаемъ въ этой книгѣ?—У кочевыхъ племенъ Африки, Авзинцевъ, Гинданов, Назамоновъ браки были неизвѣстны: „женщина и мужчина сходились случайно, какъ животныя въ стадахъ; когда ребенокъ становился большимъ, все племя, соединенное вмѣстѣ, признавало его сыномъ того, на кого онъ походилъ болѣе всего своими чертами, и кто поэтому уже предполагался его отцомъ“ [1])

[1]) Книга IV, глава CLXXII, CLXXVI, CLXXX.

Къ этому свидѣтельству Геродота нужно присоединить еще показанія Діодора и Солина [1]).

Тѣ же дикіе нравы африканскихъ племенъ находимъ мы и у береговъ Евксина, и на обширныхъ равнинахъ Скиѳіи. Здѣсь авторитетъ Геродота [2]) укрѣпляется Страбономъ: „У скиѳовъ, говоритъ великій географъ, женщинами и дѣтьми владѣли сообща, какъ въ республикѣ Платона“ [3]). Приблизительно то же говорятъ о другихъ народностяхъ Азіи Ксенофонтъ, Секстъ Эмпирикъ, Аполлоній Родосскій [4]).

Въ древней Европѣ слѣды этого первобытнаго варварства исчезаютъ, повидимому, гораздо быстрѣе. Ко времени классическихъ писателей мы встрѣчаемъ ихъ лишь въ нѣкоторыхъ оставшихся наиболѣе дикими областяхъ: у подножья Кавказа, на берегахъ Евксина, въ береговой части Далмаціи и на отдаленныхъ островахъ, какъ-то Балеарскихъ, Британіи и Ирландіи [5]). Но и самыя цивилизованныя страны древности, Греція и Италія, сохранили въ своихъ традиціяхъ воспоминаніе о томъ же состояніи половаго смѣшенія, которое должно было предшествовать учрежденію брака. „Въ Аѳинахъ, говоритъ Клеархъ, первый, кто соединилъ мужчину съ женщиной, обязавъ ихъ взаимной вѣрностью, былъ Кекропсъ: до того же отношенія между полами не подчинялись ни порядку, ни закону, и ни одинъ ребенокъ не былъ въ состояніи указать на своего отца“ [6]). Почти въ тѣхъ же выраженіяхъ историкъ Ѳеопомпъ говоритъ о первыхъ жителяхъ Италіи: „У Тиренцевъ, читаемъ мы у него, законъ предписывалъ коммунизмъ женъ; всѣ

---

[1]) Діодоръ, III, 32 (о Троглодитахъ); Солинъ 30 (о Гарамантахъ).

[2]) Книга IV, глава CIV, CLXXII.

[3]) Книга VII, глава III, п. 7.

[4]) Ксенофонъ, *Анабазисъ*, книга V, глава IV, п. 33; Аполлоній Родосскій, *Argon.*, II, V. 1023—1027; Сикстъ Эмпирикъ, *Pyrrhon. Hypotyp.*, III, стр. 618 (изд. Беккера).

[5]) Геродотъ, I, 203; Николай Дамасскій (Muller, *Hist. graec. fragm.*, т. III, стр. 458); Діодоръ, V, 18; Цезарь, *De bello Gallico*, V, 14; Страбонъ, кн. IV, гл. V, п. 4.

[6]) Клеархъ, *ap. Athenae*, XIII, 2: „*'Εν δὲ 'Αθήναις πρῶτος Κέκροψ μίαν ἑνὶ ἔζευξεν, ἀνέδην τὸ πρότερον οὐσῶν τῶν συνόδων, καὶ κοινογαμίων ὄντων...*

дѣти воспитывались также сообща, и никто не могъ знать, отцомъ какого ребенка онъ приходится“ [1]).

Но довольно этихъ свидѣтельствъ, которыя я могъ бы легко еще умножить. Свидѣтелей тутъ чрезвычайно много и, что рѣже, они всѣ единодушны. Я не знаю, слѣдуетъ ли имъ вѣрить, но знаю, что они въ одинъ голосъ говорятъ, что въ началѣ развитія человѣческихъ обществъ брака не существовало, и что, неизвѣстный народамъ, находящимся въ дикомъ состояніи, онъ появился вмѣстѣ съ успѣхами цивилизаціи и былъ ея первымъ благодѣяніемъ.

Не менѣе многочисленныя и согласныя между собою показанія представляютъ намъ женщину у этихъ народовъ вполнѣ независимой отъ мужчины, а иногда даже болѣе его могущественной. Надъ нею не тяготѣетъ никакого авторитета въ обществѣ, не знающемъ одинаково ни домашнихъ, ни общественныхъ властей; ей принадлежатъ дѣти, у которыхъ нѣтъ отца; по ней исчисляется родство [2]). Можетъ-быть, къ тому же извращенію естественныхъ отношеній между полами должны мы пріурочить и преданіе объ Амазонкахъ, которое было до того распространено въ древнемъ мірѣ, что даже позднѣйшіе и наименѣе довѣрчивые писатели не осмѣливались оспаривать достовѣрность этого преданія [3]) Различные источники указываютъ на Амазонокъ именно въ тѣхъ странахъ, гдѣ намъ только что пришлось встрѣтить коммунизмъ; на берегахъ Понтъ-Евксина, въ Ливіи, въ Ливурніи, въ Скиѳіи и въ горныхъ

[1]) *Ap. Athenae*, XII, 14: „*Θεόπομπος δ' ἐν τῇ μγ'. τῶν Ἱστοριῶν καὶ νόμον εἶναι, φησὶ, παρὰ τοῖς, Τυῤῥηνοῖς, κοινὰς ὑπάρχειν τὰς γυναῖκας... Τρέφειν δὲ τοὺς Τυῤῥηνοὺς πάντα τὰ γινόμενα παιδία, οὐκ εἰδότας ὅτου πατρός ἐστιν ἕκαστον...*“

[2]) Геродотъ, 1, 173: „*(Λύκιοι) καλεῦσι ἀπὸ τῶν μητέρων ἑωυτοὺς καὶ οὐκὶ ἀπὸ τῶν πατέρων*“. Свидѣтельство Геродота подтверждается и показаніями Николая Дамасскаго (*Hist. graec. fr.*, т. III, стр. 461): „*Λύκιοι τὰς γυναῖκας μᾶλλον ἢ τοὺς ἄνδρας τιμῶσι καὶ καλοῦνται μητρόθεν...*“—и Гераклида Понтійскаго (*Hist. gr. fr.*, т. II, стр. 217). То же можетъ быть сказано и о Локрійцахъ у Полибія, XII, 5.—о Ксантійцахъ у Плутарха, *de mulierum virtut.* 9, у Нимфія Гераклійскаго (*Hist. gr. fr.*, т. III, стр. 15),—объ Эѳіопахъ у Солина, 30: „Garamantici Aethiopes matrimonia privatim nesciunt... Inde est quod filios matres tantum recognoscunt, paterni nominis nulla reverentia est“.

[3]) Арріанъ, *Alex. exped.*, VII, 13: „*Μὴ γενέσθαι μὲν γὰρ παντελῶς τὸ γένος τούτων τῶν γυναικῶν οὐ πιστὸν δοκεῖ ἔμοιγε πρὸς τοσούτων καὶ τοιούτων ὑμνηθέν*“.

равнинахъ сѣверной Азіи [1]). И здѣсь свидѣтельства греческихъ авторовъ неожиданно подтверждаются такими писателями которымъ навѣрное также мало былъ извѣстенъ Діодоръ, какъ и тѣ ему,—я говорю о китайскихъ историкахъ, любопытные разсказы которыхъ можно найти въ „*Азіатскомъ магазинѣ*“ [2])

Что же остается заключить изъ всѣхъ этихъ показаній? А то, что, по крайней мѣрѣ, по общему въ древнее время вѣрованію, цивилизаціи предшествовала эпоха, въ которой отношенія между полами не были упорядочены ни законами, ни нравами.

Теперь постараемся узнать, подтверждается или опровергается это вѣрованіе всего древняго міра наблюденіями современныхъ путешественниковъ. Послушаемъ этихъ изслѣдователей, впервые приподнявшихъ ту естественную завѣсу, за которую не проникалъ до тѣхъ поръ прогрессъ европейской цивилизаціи. Что̀ нашли они на островахъ Океаніи, куда не ступала еще нога ни одного цивилизованнаго человѣка? „Туземцы этихъ острововъ“, пишетъ капитанъ Кукъ послѣ продолжительнаго пребыванія на архипелагѣ Таити, „отличаются мягкостью нравовъ; они религіозны, вѣрятъ въ безсмертіе души, имѣютъ свой культъ и своихъ жрецовъ; — наконецъ, одарены естественнымъ сознаніемъ; но они, кажется, чужды всякой идеѣ брака, семьи и даже чувству стыдливости“. Распущенность нравовъ, прибавляетъ онъ, достигаетъ здѣсь того предѣла, который нельзя даже постичь, и до котораго не дошелъ ни одинъ изъ народовъ отъ самаго возникновенія міра“ [3]). Можно было бы думать, что такіе нравы составляютъ рѣдкое и позорное исключеніе даже среди дикарей. Но справьтесь съ отчетами путешественниковъ и вы встрѣтите нравы Таити и на Маркизскихъ островахъ, и у Австралійскихъ туземцевъ, и у множества племенъ Новой Зеландіи [4]).

---

[1]) Эсхилъ, *Prom. desm.* v. 723; Діодоръ, III, 71—74; IV, 16; Сервіи, *ad Virgil. Aeneid.*, 1. V. 247.

[2]) Клапротъ, *Magasin asiatique*, Парижъ, 1825, т. I, стр. 250. Ср. объ Амазонкахъ у Petrus Petitus, *Dissert. de Amazonibus*, Amstelod, 1687, (2-е изданіе); аббатъ Гюйонъ, *Исторія древнихъ и новыхъ амазонокъ*. Парижъ, 1740; и новыя монографіи Бёттигера, Нагеля и Гаммера.

[3]) Кукъ, 3-ее Путешествіе, гл. X, XIX (т. IV франц. перев.); Бугенвиль. *Журналъ о путешествіи вокругъ свѣта*, т. II, гл. III.

[4]) Кукъ, 2-ое Путешествіе, т. I гл. VIII; Дюмонъ-Дюрвиль, *Путешествіе вокругъ свѣта*, т. 1, стр. 549; т. II, стр. 337 (2 изд., Парижъ, 1849); де Ріенци, *Океанія*, т. II, стр. 234 и 316.

Въ то же время вы увидите, что женщина пользуется здѣсь часто большой независимостью, а иногда даже и извѣстной властью. На островахъ Тонга, на Маріанскихъ островахъ, у нѣкоторыхъ племенъ Западной Индіи, родословная исчисляется черезъ женщинъ и такъ же устанавливается родство—подобно тому, какъ это было заведено у древнихъ народовъ, о которыхъ намъ только-что разсказывали греческіе историки: дѣти принадлежатъ матери, а не отцу: женщины принимаютъ участіе во всѣхъ работахъ мужчинъ, управляютъ пирогами, ведутъ войны, засѣдаютъ въ совѣтахъ [1]). Не слышатся ли въ этихъ отчетахъ, какъ бы отголоски разсказовъ и легендъ Геродота или Ѳеопомпа о первыхъ вѣкахъ человѣчества?

Пора заключить этотъ уже слишкомъ длинный рядъ свидѣтельствъ. Но, можетъ-быть, меня упрекнутъ въ томъ, что я опустилъ важнѣйшее изъ нихъ, стоющее одно всѣхъ остальныхъ и какъ будто совершенно ихъ опровергающее. Книга Бытія рисуетъ намъ бракъ, какъ врожденный и предшествующій всякому обществу фактъ. Это правда. Но развѣ люди не забыли этого божественнаго учрежденія, когда они разсѣялись по всей землѣ и своей нечестивостью вызвали самыя ужасныя проявленія небеснаго гнѣва? Это можно было бы вывести изъ самаго разсказа Священнаго Писанія, если бы то же заключеніе не доказывалось и всѣми приведенными выше текстами.

Итакъ, всѣ свидѣтельства согласны между собою, и вотъ къ какому выводу они насъ приводятъ: первоначально по крайней мѣрѣ, значительная часть человѣчества прошла черезъ періодъ полнаго безпорядка, такъ сказать, нравственнаго хаоса, когда священные законы семьи были еще неизвѣстны, и женщина, свободная отъ всякихъ узъ, пользовалась полной независимостью и въ то же время отдавалась самому постыдному разврату. Позднѣе, благодаря счастливому перевороту, можетъ-быть, величайшему изъ всѣхъ, когда-либо пережитыхъ человѣческими обществами, установилась семья, и люди изъ дикаго состоянія перешли къ патріархальному. Вступимъ теперь и мы въ этотъ второй періодъ.

---

[1]) Дюмонъ-Дюрвиль, *Путешествіе вокругъ свѣта,* т. II, стр. 141; де Ріенци, *Океанія,* т. I, стр. 395; Лафито, *Нравы американскихъ дикарей,* т. I, стр. 555—563.

II.

На основанiи всѣхъ преданiй древности, семья установилась только тогда, когда народы, оставивъ кочевой образъ жизни, начали обрабатывать землю и основывать города. Почти всѣ древнѣйшiе города носятъ названiя женщинъ. И всегда легенда приписываетъ одному и тому же герою введенiе земледѣлiя и установленiе брака: въ Аѳинахъ—Кекропсъ, у германцевъ—Одинъ, на Востокѣ—Фо-хи, создали каждый для своего народа оба эти благодѣтельныя учрежденiя. Въ Римѣ богиня земледѣлiя занимала первое мѣсто на брачныхъ торжествахъ и наказывала за разводъ [1]).

Въ самомъ дѣлѣ, о неразрывныхъ семейныхъ узахъ и объ устойчивыхъ нравахъ не можетъ быть рѣчи среди примитивныхъ племенъ, не имѣющихъ иного жилища, кромѣ постоянно передвигающихся телѣгъ [2]). При каждомъ новомъ переселенiи, дѣти покидали навсегда могилы своихъ отцовъ; ни одно поколѣнiе не оставляло за собою слѣдовъ, а такъ какъ ни у кого не было предковъ, то никто не думалъ и о потомствѣ. Но когда человѣкъ, привязавшись къ землѣ, построилъ себѣ домъ и очертилъ границы своего поля, тогда зародилась и семья [3]), такъ какъ онъ устраивался прочно не для себя одного, но и для своихъ дѣтей и своего потомства. Желанiе имѣть потомство было главнымъ импульсомъ брака во всемъ древнемъ мiрѣ и первымъ чувствомъ, придавшимъ союзу двухъ половъ нравственный характеръ и правильную форму [4]).

Религiозная санкцiя (древнiе люди не знаютъ другой) освящаетъ оба первоначальныя установленiя—собственность и семью. Первые дома были храмы, первые очаги—алтари [5]); женщина,

—

[1]) *Ap. Athenae.*, XIII, 2, Виргилiй, IV, V. 57—59, и Сервiй, *hic*; Ynglinga saga,5 (Heimskraingla, Лейпцигъ, 1835).

[2]) *'Αμαξόσιοι.*

[3]) „*Οἶκον μὲν πρώτιστα, γυναῖκα τε, βοῦν τ᾽ ἀροτῆρα*“. Гезiодъ, *Opera*, v. 405.

[4]) „Ducere uxorem liberorum quaerendorum causa.“ Aul. Gell., XVII, 21; Гай 1, 29.—„*Παίδων ἐπ᾽ ἀρότῳ γνησίων*“. Менандръ, fr. 185 (изд. Дидо, стр. 373).—Законы Ману, IX, 96.

[5]) *Aedes; Vesta, ἑστία*, камень очага.

хранительница очага, раздѣляла съ мужемъ заботу и о жертвоприношеніяхъ. Предметъ этого домашняго культа составляли не общія божества, господствовавшія надъ всѣми. Нѣтъ, въ каждомъ домѣ, въ каждой семьѣ, были свои собственные боги; здѣсь боготворили ларовъ и пенатовъ, т.-е. предковъ, схороненныхъ по близости и продолжавшихъ изъ своихъ могилъ охранять домъ, въ которомъ они прежде жили [1]). Съ этого времени бракъ принимаетъ религіозный характеръ и дѣлается священнымъ долгомъ, такъ какъ ничто не имѣетъ такого существеннаго значенія, какъ то, чтобы оставить послѣ себя потомка, который могъ бы каждый день приносить жертвы тѣнямъ своихъ предковъ и предкамъ этихъ послѣднихъ, облегчая этими жертвоприношеніями ихъ грустное пребываніе въ могилѣ. Несчастіе человѣку, который оставляетъ послѣ смерти пустой домъ и покинутые алтари. Его безпокойная тѣнь никогда не найдетъ себѣ покоя въ жилищѣ мертвецовъ! Эти вѣрованія и этотъ культъ предковъ мы встрѣчаемъ при возникновеніи всѣхъ цивилизацій, въ Римѣ, въ Греціи, въ Германіи, въ Индіи, и на всемъ Востокѣ [2]). Вездѣ семейный культъ предшествуетъ культу общественному, такъ же какъ учрежденіе семьи предшествуетъ основанію государства: даже теперь у племенъ, не оставившихъ еще патріархальнаго быта, нѣтъ другихъ алтарей, кромѣ очаговъ или семейныхъ могилъ,—другихъ божествъ, кромѣ душъ предковъ [3]).

Вотъ чувства и потребности, руководившія первоначальными обществами въ ихъ семейной организаціи. Задаваясь теперь вопро-

[1]) Росбахъ, *die Roemische Ehe*, Штутгартъ, 1853, стр. 33; Фюстель de Куланжъ, „*La cité antique*“, Парижъ, 1864 г., кн. II, гл. III.

[2]) „*Δεῖ τεκνοποιεῖσθαι, ἕνεκα τοῦ καταλιπεῖν ἕτερον ἀνθ' ἑαυτοῦ θεῶν θεραπευτήν*. „Ямбликъ, *vita Pythag*, XVIII, 86. Эта высокая заповѣдь есть лишь философское выраженіе народнаго вѣрованія, распространеннаго во всемъ древнемъ мірѣ. Ману сказалъ ранѣе грековъ: „Сынъ, производя котораго на свѣтъ человѣкъ платитъ свой долгъ и получаетъ безсмертіе, рождается по долгу; всѣ прочія дѣти по любви“ IX, 107, 138. См. для Персіи—*Зендъ-Авеста*, III, 230; для Китая—Гроске, „*Общее описаніе Китая*“, Парижъ, 1787 (2-е изд.), т. II, книга III, глава XI. Срав. римское изреченіе: „Sacra privata perpetua manento“. Цицеронъ, *de leg*, II, 9.

[3]) Лафито, *Нравы дикарей*, Парижъ, 1724, т. I, стр. 573, 579; Казались, *Бассутосы, 23 года на Югѣ Африки*. Парижъ, 1860 г. (2-е изданіе), стр. 262—270.

сомъ о положеніи женщины въ организовавшейся такимъ образомъ семьѣ, мы опять наталкиваемся на поразительную аналогію между первоначальнымъ состояніемъ обществъ древности и современнымъ укладомъ тѣхъ многочисленныхъ племенъ, которыя въ настоящее время на западѣ Индіи, югѣ Африки и сѣверѣ Азіи живутъ такъ же, какъ жили первые евреи, пелазги или германцы.

Въ положеніи женщины—полный переворотъ. Вступивъ въ семью, она отреклась отъ независимости, но завоевала въ то же время нравственное достоинство. Мы видѣли ее передъ этимъ независимой и въ то же время загрязненной; теперь же, какъ бы для контраста, она представляется намъ порабощенной и одновременно почитаемой, наравнѣ съ главой семьи

Никогда зависимость женщины не была такъ тѣсна, какъ во время патріархальнаго состоянія, потому что никогда также власть отца не была такъ абсолютна. Семья оказалась единственнымъ учрежденіемъ, и отцовская власть могла распространяться безконечно, не встрѣчая соперничества со стороны какой бы то ни было другой власти. Вмѣшательство государства наступило позднѣе, когда оно простерло свое покровительство на дѣтей и женщину, и съ этого времени отеческая власть стала подъ контроль общественной власти. Но въ первое время, когда еще не существовало общественной власти, отецъ семейства былъ единственнымъ законодателемъ, единственнымъ судьей, единственнымъ жрецомъ, и его жены, дѣти, рабы стояли всѣ въ одинаковомъ положеніи, такъ какъ всѣ были равно безправны передъ нимъ. Римляне дольше всѣхъ другихъ народовъ цивилизованной Европы сохранили въ своихъ законахъ отпечатокъ этой первобытной организаціи семьи. Поэтому-то Гай [1]) и могъ думать, что *manus* и *patria potestas* существовали лишь въ римскихъ законахъ. Но если эти учрежденія при Гаѣ казались извѣстными однимъ римлянамъ, то было время, когда они были общи всѣмъ народамъ. Они оставили слѣды въ Индіи, гдѣ на женщину и дѣтей смотрѣли, какъ на собственность отца семейства [2]); у грековъ, гдѣ одно и то же

---

[1]) Коммент. I, § 108.

[2]) Yâjnavalkya, II, 175: „Можно дарить всякую собственность, за исключеніемъ жены и дѣтей".

слово [1]) означало власть мужа надъ женой, отца—надъ ребенкомъ и господина—надъ рабомъ; у германцевъ, которые удерживали не только учрежденіе *manus*, но и самое слово *mund*, *mundium* [2]); наконецъ, эти же учрежденія встрѣчаются и теперь еще у нѣкоторыхъ племенъ центральной Африки. „У древнихъ римлянъ, говоритъ миссіонеръ Казалисъ [3]), жена была сестрою дѣтей своего мужа. Лучше нельзя охарактеризовать и положеніе замужней женщины среди племенъ южной Африки. Когда *Моссуто* говоритъ „я и *мои дѣти*", то подразумѣвается, что въ числѣ послѣднихъ находится и его жена". Отождествленіе жены съ дѣтьми и рабами, это—общій принципъ патріархальнаго періода. Я укажу теперь на главныя послѣдствія этого принципа въ его примѣненіи.

Мужъ пріобрѣталъ себѣ жену такъ же, какъ пріобрѣталъ и раба—посредствомъ купли—продажи; бракъ состоялъ въ покупкѣ, и цѣна за него уплачивалась отцу невѣсты. Эта была единственная форма брака какъ у патріарховъ книги Бытія, такъ и у воиновъ, воспѣтыхъ Гомеромъ; слѣды ея встрѣчаются и въ *coemptio* древнихъ римлянъ, и въ *pretium nuptiale* германскихъ племенъ; даже законы Ману, отмѣняя эту форму брака, указываютъ на ея существованіе въ первобытной Индіи [4]). Въ настоящее время этотъ обычай удерживается лишь у самыхъ отсталыхъ изъ цивилизованныхъ народовъ; такъ, напримѣръ, въ Китаѣ торговля женщинами составляетъ важную отрасль торговли [5]). Не удивительно также, что эта форма брака сохраняется и у всѣхъ народовъ, не оставившихъ еще патріархальныхъ нравовъ: въ сѣверной и южной Америкѣ, отъ экватора до мыса Доброй Надежды въ Африкѣ и отъ Кавказа до нѣдръ Средней Азіи [6]). У большинства этихъ на-

---

[1]) Kyrios; то же самое значеніе имѣло слово *potestas* у римлянъ. Право отца продавать своего ребенка было отмѣнено въ Аѳинахъ лишь Солономъ. Плутархъ, *Солонъ*, 13.

[2]) *Manus* и *mund* имѣютъ одинъ корень, также какъ и одно значеніе. Я. Гриммъ, *deutsche Rechtsalterthümer*, Геттингенъ, 1854 (2-е изданіе), стр. 447.

[3]) *Биссут.*, стр. 191.

[4]) Книга Бытія, XII, 16; XX, 16. Иліада, XVIII, V. 593; Страбонъ, кн. XV, глава 1, п. 54; Аристотель, *Политика*, кн. II, гл. V, п. II: „*Τότε οἱ Ἕλληνες τὰς γυναῖκας ἐωνοῦντο παρ᾽ ἀλλήλων*".

[5]) Грозіе (Grosie), *Описаніе Китая*, т. II, стр. 264.

[6]) Клеммъ, *die Frauen in den verschiedenen Zonen*, и т. д. Дрезденъ, 1858 г., т. I, стр. 23, 101, 128, 148.

родовъ цѣна жены не превышаетъ цѣны раба, и за немногими исключеніями, зависѣвшими отъ особыхъ обстоятельствъ, таково было въ общемъ положеніе дѣла и въ самой глубокой древности [1]).

Продавая дочь, отецъ передавалъ мужу всѣ свои права на нее [2]); поэтому мужъ могъ, въ свою очередь, самъ продать свою жену. Это мы видимъ именно въ правѣ древнихъ германцевъ, если вѣрить самому ученому изслѣдователю германскихъ древностей [3]). Но слѣдуетъ прибавить, что съ успѣхами культуры этотъ варварскій обычай всюду отмѣняется. Ману уничтожаетъ его въ Индіи, Моисей—въ Палестинѣ, Ромулъ—въ Италіи [4]), и даже Китайцы сохраняютъ его лишь для исключительныхъ случаевъ [5])

Абсолютная власть мужа надъ женой вела сама собой къ полигаміи, такъ какъ моногамія предполагаетъ обоюдныя обязанности, а отсюда и извѣстное равенство между супругами; покупка же одной жены даетъ возможность покупки нѣсколькихъ. Кромѣ того, на рожденіе дѣтей смотрѣли, какъ на священный долгъ, и вѣрность бездѣтной супругѣ считалась за преступленіе по отношенію къ богамъ. Такимъ образомъ, полигамію можно признать общимъ явленіемъ среди первоначальныхъ обществъ, и если она сохраняется между цивилизованными народами лишь на Востокѣ, то у нецивилизованныхъ племенъ господство ея наблюдается въ четырехъ частяхъ свѣта [6]). Сама просвѣщенная Европа, оставивъ полигамію, нашла родъ эквивалента ея въ об-

---

[1]) Второзаконіе, XXI, 29; Левитъ XXVII, 3.

[2]) „Uxor filiae loco erat". Гай, I, III.

[3]) „Пріобрѣтая *mundium*, говоритъ Яковъ Гриммъ (Rechtsalterth., стр. 450), мужъ пріобрѣтаетъ въ то же время право убивать и продавать свою жену, такъ же какъ онъ располагалъ этимъ правомъ относительно ребенка и раба".

[4]) Ману, IX, 46; Yâjnavalkya, II, 175; Второзаконіе, XXI, 14; Плутархъ, *Ромулъ*, 22.

[5]) Та-дзингъ-лё-лё, кн. III, 102 (пер. С. Круа, Парижъ, 1812): Грозіе т. II, стр. 39.

[6]) Въ Азіи (Клеммъ, *die Frauen*, стр. 51, 131): въ Африкѣ (*тамъ же*, стр. 180); въ Америкѣ (*тамъ же*, стр. 29, 34); и въ Европѣ у Кельтовъ (Цезарь, *de bello gall.* I, 53), у Германцевъ (Тацитъ, *de mor. Germ.*, 18), у Скандинавовъ (Адамъ Брэм., *Gest. Hammaburg. eccles.*, IV, 21; у Пертца, т. IX, стр. 377) и у Славянъ (Эверсъ, *das aelteste Recht der Russen*, Дерптъ, 1826 г., стр. 105).

легченномъ разводѣ: разрѣшено имѣть нѣсколько женъ, но не одновременно, а преемственно, и мужъ бездѣтной жены даетъ ей разводъ, а не присоединяетъ къ ней другой жены, какъ это дѣлается на Востокѣ; у древнихъ же римлянъ тотъ, кто женился вторично, считался уже поэтому разведеннымъ съ первой женой [1]).

Жена, какъ собственность мужа, входила послѣ смерти послѣдняго въ составъ его наслѣдства и поступала во власть его наслѣдниковъ. Если мужъ оставлялъ дѣтей, то вдова подчинялась власти старшаго изъ сыновей; если мужъ умиралъ безъ потомства, то его отецъ, братъ или дядя могли, по своему выбору, или продать жену въ новый бракъ для возмѣщенія цѣны, уплаченной за нее покойнымъ, или же взять ее въ жены себѣ для нарожденія потомства. У европейскихъ народовъ эта власть наслѣдниковъ мужа надъ его вдовой мало-по-малу смягчалась и преобразовалась въ простую опеку; но мы встрѣчаемся еще съ этой властью во всей ея первобытной рѣзкости на Востокѣ и среди патріархальныхъ племенъ Африки и Новаго Свѣта. И теперь еще на всей этой территоріи господствуетъ принципъ, провозглашенный Ману три тысячи лѣтъ тому назадъ: „Женщина должна подчиняться мужу, отцу, сыновьямъ, родственникамъ своего мужа; никогда она сама не управляетъ собою [2]).

Не управляя своей личностью, женщина не могла управлять и своимъ имуществомъ или, вѣрнѣе, такъ же, какъ раба, она не могла владѣть никакимъ имуществомъ: всѣ результаты ея труда пріобрѣтались домовладыкой, ей не могло достаться ни одно наслѣдство. Эти положенія остались безъ измѣненія въ Китаѣ и среди многихъ варварскихъ племенъ, а между другими народами, какъ-то: индусами, евреями и европейцами, они на долгое время оставили свои слѣды въ законодательствѣ [3]), такъ какъ власть отца семейства надъ личностью жены и дѣтей стала

[1]) Цицеронъ, *de Oratore*, I, 40, 56.

[2]) Ману, V, 148; Грозіе, *Описаніе Китая*, т. II, стр. 38; Лафито, *Нравы дикарей*, т. I, стр. 557; Клеммъ, *die Frauen*, т. I, стр. 23; Казалисъ, *Бассутосы*, стр. 199.

[3]) „Жена, сынъ и рабъ объявлены закономъ неспособными владѣть чѣмъ бы то ни было отъ себя; все, что они могутъ пріобрѣсти, составляетъ собственность того, отъ кого они зависятъ“. Ману, VIII, 416. Ср. Числа, XXVII, 1—8: Гансъ, *Erbrecht*, т. I, стр. 118.

въ общемъ ослабѣвать гораздо раньше, чѣмъ власть надъ ихъ имуществомъ.

Можно ли представить себѣ для женщины болѣе унизительное положеніе, чѣмъ то, въ которомъ она является ограбленной, порабощенной, проданной за деньги или обмѣненной на скотъ? Между тѣмъ, въ исторіи нѣтъ, можетъ быть, времени, когда жена, дочь, супруга или мать пользовалась бы бо̀льшимъ почетомъ. Не одни грубые и восторженные германцы, описанные Тацитомъ, видѣли что-то божественное въ этомъ слабомъ и нѣжномъ созданіи, которое они имѣли въ то же время право убить и продать. Во всѣхъ памятникахъ патріархальнаго періода, въ книгѣ Бытія, какъ и въ Ведахъ и въ поэмахъ Гомера [1]), записано, что чисто нравственное вліяніе женщины уравновѣшивало, а иногда и перевѣшивало матеріальную власть отца семейства. Вообще, чѣмъ глубже мы заглядываемъ въ прошлое и чѣмъ ближе подходимъ къ началу человѣческихъ обществъ, тѣмъ болѣе растетъ передъ нами, въ одно и то же время, и подчиненность женщины, и ея нравственное достоинство, ея юридическая неспособность и моральный авторитетъ. Но мало указать на контрастъ—надо его и объяснить.

Женщина была подчинена волѣ всесильнаго господина. Кто же былъ этотъ господинъ? Онъ приходился ей отцомъ, сыномъ, супругомъ. Если всегда признавалось, что изъ всѣхъ властелиновъ отецъ семейства менѣе другихъ злоупотребляетъ своею властью, то наблюденіе это особенно вѣрно въ отношеніи къ патріархальной эпохѣ. Никогда власть отца не была такъ энергична, но никогда, безъ сомнѣнія, и семейныя привязанности не были такъ крѣпки; онѣ смягчали и умѣряли эту власть. Въ тѣ времена семья была для человѣка всѣмъ: внѣ ея у него не было ни родины, ни храма, ни боговъ; за ея предѣлами онъ находилъ только враговъ и враждебныя себѣ божества [2]). Все то, что многочисленныя соціальныя отношенія берутъ теперь изъ нашихъ привязанностей, и всѣ инте-

---

[1]) См. особенно въ Библіи пѣснь Лемуэля, составляющую послѣднюю главу сборника Притчъ. См. и ниже, гл. III; кн. II, гл. III: кн. III, гл. I, Ленцъ, *Geschichte der Weiber im heroischen Zeitalter*. Ганноверъ, 1799.

[2]) Слова *отечество* и *домъ* являются синонимами въ древнихъ скандинавскихъ законахъ. См. источники, цитируемые у Вильда, *das Strafrecht der Germanen*, Галле, 1842, стр. 243.

ресы, которые они притягивають къ себѣ,—все это сосредоточивалось прежде въ семьѣ, и женщина находила въ своемъ мужѣ или отцѣ скорѣе покровителя, чѣмъ господина.

Часто женщина въ самыхъ древнихъ законахъ уравнивается съ рабою. Это сближеніе покажется намъ, однако, менѣе оскорбительнымъ, если типъ раба того времени мы будемъ видѣть не въ жалкомъ негрѣ Антильскихъ островов, а скорѣе въ Гомеровскомъ Евмеѣ или въ библейскомъ Эліазарѣ. Въ древнемъ мірѣ рабъ и господинъ не раздѣлялись той пропастью, которую создаетъ между ними теперь различіе расъ; и тотъ и другой, равные по рожденію, принадлежали, по большей части, сосѣднимъ племенамъ, и господинъ былъ обязанъ своимъ положеніемъ лишь военной удачѣ, которая могла ежедневно обратиться противъ него и сдѣлать его, въ свою очередь, рабомъ. Разъ войдя въ семью, рабъ дѣлался членомъ ея [1]); у него было свое мѣсто за общимъ столомъ, онъ принималъ участіе въ семейныхъ празднествахъ и жертвоприношеніяхъ, и часто господинъ раздѣлялъ съ нимъ самыя тяжелыя работы. Сами боги—а религія въ это время смѣшивалась съ правомъ—распространяли свое покровительство на раба: его могила была священна [2]), и онъ могъ присутствовать и даже замѣнять своего господина въ религіозныхъ обрядахъ [3]): однимъ словомъ, для раба, какъ и для женщины, суровость закона смягчались простотою нравовъ [4]).

Женщина продавалась мужу. Но какимъ бы варварскимъ ни казался намъ теперь этотъ обычай, мы должны однако признать въ немъ первый шагъ къ цивилизаціи, первое основаніе для семьи. Послушаемъ писателя, который провелъ всю жизнь среди патріархальныхъ племенъ: „Нельзя не согласиться, говоритъ Казалисъ [5]), что бракъ путемъ *coemptio*, заключаемый въ присут-

---

[1]) Его и звали потому *familiaris, οἰκέτης*. У Гомера раба никогда не называютъ *δοῦλος*, а называютъ *οἰκεύς*.

[2]) Dig. fr. 2, *de relig.*, XI, 7.

[3]) Катонъ, *de re rust.*, 83: „Votum pro bubus..., eam rem divinam *vel servus*, vel liber licebit faciat“; Эсхилъ, *Agamemn.* v. 1036—1038.

[4]) Плутархъ, *Coriolan*, 24: *Καὶ γὰρ ἐχρῶντο πολλῇ πρὸς τοὺς οἰκέτας ἐπιεικείᾳ τότε, διὰ τὸ αὐτουργεῖν καὶ τὸ κοινωνεῖν διαίτης, ἡμερώτερον ἔχοντες πρὸς αὐτοὺς καὶ συνηθέστερον*“, См. также Іеринга, Geist des roemischen Rechts, т. II, стр. 273.

[5]) *Бассут.*, стр. 192.

ствіи свидѣтелей и обезпечиваемый соединеннымъ интересомъ многихъ сторонъ, является драгоцѣннымъ учрежденіемъ для варварскихъ племенъ, не знающихъ прочно установленныхъ принциповъ нравственности и потому уже рискующихъ обратиться къ животному смѣшенію половъ. Съ того момента, какъ женщина стала принадлежать по закону мужчинѣ на все продолженіе своей жизни, семья была установлена". И дѣйствительно, мужъ не бросалъ жены, за которую ему приходилось дорого платить. Кромѣ того, покупка жены сопровождалась всегда обрядами, которые условливались нравственнымъ и религіознымъ характеромъ договора. Въ наше время у татаръ духовное лицо, участвующее въ этихъ обрядахъ, опредѣляетъ само ту сумму, которую долженъ заплатить мужъ [1]); въ древнее время у римлянъ, грековъ, въ Индіи — водворенію супруги въ ея новомъ домѣ предшествовало всегда жертвоприношеніе богамъ—покровителямъ брака [2]).

Мужъ могъ имѣть нѣсколькихъ женъ, но среди нихъ лишь одна пользовалась почетомъ и считалась госпожею у его очага: это была его первая жена, жена его юныхъ лѣтъ, по выраженію библійскихъ поэмъ [3]). Всѣ другія принадлежали этой первой женѣ болѣе, чѣмъ самому мужу; для нея и на ея мѣстѣ онѣ рожали дѣтей мужу, такъ что первая жена разсматривалась часто, какъ мать всѣхъ дѣтей своего мужа [4]). Обратимся снова къ примѣру теперешнихъ дикихъ народовъ. Современные путешественники показываютъ согласно, что американскіе индѣйцы, практикуя полигамію, относятся тѣмъ не менѣе съ такимъ уваженіемъ къ браку, что среди нѣкоторыхъ изъ этихъ племенъ нельзя было указать до прихода европейцевъ ни на одинъ случай супружеской невѣрности [5]). Какъ ни преувеличены могутъ быть эти разсказы, мы имѣемъ, однако, право сослаться на нихъ въ доказательство той мысли, что полигамія при простотѣ патріархальныхъ нравовъ не производитъ

---

1) Клеммъ, *die Frauen*, т. I, стр. 128.

2) Россбахъ, die roemische Ehe, стр. 92.

3) Притча, V, 18.

4) Книга Бытія, XVI, 1 и слѣд.—См. также примѣръ Гекубы у Троянцевъ.

5) Лафито, *Нравы дикарей*, т. I, стр. 588, 580; Клеммъ, *die Frauen*, т. I, стр. 31—35.

того разлагающаго дѣйствія, какое она могла бы имѣть у цивилизованныхъ народовъ.

Таково должно быть, въ самыхъ общихъ чертахъ, положеніе женщины въ началѣ развитія человѣческихъ обществъ [1]). При простотѣ изложенныхъ принциповъ, общихъ всѣмъ народамъ, легко впасть въ заблужденіе относительно характера первобытныхъ учрежденій. Если древніе законы кажутся намъ въ общемъ такими простыми, это происходитъ только отъ того, что мы не знаемъ ихъ деталей. Съ обычаями бываетъ то же, что и съ языками: часто наиболѣе варварскіе языки, какъ и обычаи, оказываются и наиболѣе сложными; человѣкъ начинаетъ вообще со сложнаго и приходитъ гораздо позже къ простому, являющемуся результатомъ абстракціи. Поэтому весьма вѣроятно, что и общіе принципы, управляющіе организаціей семьи, разнообразились до безконечности, сообразно съ различіемъ расъ и климата. Съ увѣренностію можно установить лишь общіе принципы; отдаленность доисторическаго времени позволяетъ намъ уловить только крупныя черты; детали остаются въ туманѣ.

Теперь мы вступимъ въ историческій періодъ. Источники дѣлаются болѣе опредѣленными; появляются детали, съ которыми увеличиваются и различія. Каждый народъ, организованный въ государство, слѣдуетъ своему особому пути; каждое законодательство принимаетъ отличную отъ другого форму и требуетъ особаго изученія.

---

* Настоящая глава, написанная съ большою осторожностью, даетъ намъ освѣщающіе прошлое взгляды, но не систематическое обобщеніе. П. Жидъ отказывается отъ такого обобщенія относительно происхожденія обществъ, находя, что оно было бы слишкомъ смѣло. И дѣйствительно, въ то время, когда онъ писалъ свою книгу, новая наука обладала лишь однимъ крупнымъ сочиненіемъ, разсматривавшемъ въ цѣломъ положеніе женщины, въ первобытныхъ учрежденіяхъ: я говорю о „*Материнскомъ правѣ*“ Баховена, которое П. Жидъ цитируетъ на первомъ мѣстѣ насто-

---

[1]) См. также ниже, кн. II, глава III.

*) Все излагаемое подъ настоящимъ знакомъ принадлежитъ перу профессора Парижскаго университета А. Эсмена.

Прим. ред.

ящей главы. Это—необыкновенное сочиненіе, исполненное обширной учености и туманнаго генія, утонченнаго воображенія и блестящихъ мыслей. Въ дѣйствительности, Баховенъ былъ иниціаторомъ: онъ открылъ неизвѣстную до него подкладку исторіи учрежденій [1]). Другіе послѣдовали за нимъ по этому пути. Прежде всѣхъ—Макъ Ленанъ, опубликовавшій въ 1865 году свою свѣтлую и мастерскую работу о „Первобытномъ бракѣ" [2]); не знакомый съ произведеніемъ Баховена, онъ пришелъ, однако, во многихъ пунктахъ къ сходнымъ со взглядами этого послѣдняго заключеніямъ. Затѣмъ Жиро Телонъ [3]), Постъ [4]), Гербертъ Спенсеръ [5]) подвергнули ту же проблему новому разсмотрѣнію,—мы называемъ только писателей, затрагивавшихъ настоящій вопросъ прямо и во всей его полнотѣ [6]). Современная критика щтательно провѣрила обычаи народовъ, оставшихся въ дикомъ состояніи, и всѣ завѣщанныя намъ классической древностью подробности, касающіяся отдаленнѣйшаго прошлаго. Изъ этихъ изслѣдованій, несмотря на ихъ частныя противорѣчія, получается извѣстное число идей и общихъ выводовъ, которые мы резюмируемъ здѣсь въ нѣсколькихъ словахъ [7]).

Представляется вѣроятнымъ, что древнѣйшей соціальной единицей была не семья: ею было племя. Въ этомъ первичномъ состояніи индивидуальное родство, какъ будто, неизвѣстно: ребенокъ

---

[1]) Баховенъ послѣ того, какъ напечаталъ *Mutterrecht*, снова вернулся къ своей темѣ въ цѣломъ рядѣ работъ, изъ которыхъ наиболѣе важны: *Die sage von Tanaquil*, 1870.—*Antiquarische Briefe*, 1880.

[2]) *Primitive marriage, an inquiry into the origin of the form of the capture in marriage ceremonies*, 1865. Перепечатано въ „Studies in ancient history". Лондонъ, 1876", того же автора.

[3]) *Происхожденіе семьи*, 1874. *Происхожденіе брака и семьи*, 1884 г.

[4]) *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe.—Anfänge des Staats und Rechtsleben.—Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-etnolotgischer Basis.*

[5]) *Принципы соціологіи*, пер. Шазелля, т. II, §§ 272 и слѣд.;

[6]) См. также: Леббокъ, *Происхожденіе цивилизаціи*, франц. изданіе, и Морганъ, *Systems of consanguinity and affinity of the human family Smithsonian contributions to Knowledge*, томъ XVII, Вашингтонъ, 1871).

[7]) Теперь начинаютъ по этимъ даннымъ возстановлять первоначальныя учрежденія даже отдѣльныхъ расъ; см. Беригефтъ, *Staat und Recht der römischen Königszeit* 1882, §§ 34 и слѣд., Лотаръ Даргунъ, *Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im germanischen Rechte und Leben*, 1883.

съ самаго рожденія становится ко всѣмъ членамъ племени въ тѣ же отношенія, въ какихъ стоитъ къ нимъ мать; единственныя степени, допускаемыя этимъ коммунистическимъ родствомъ, даются различіемъ послѣдовательныхъ поколѣній.

Это примитивное соціальное состояніе совпадаетъ, повидимому, съ безпорядочнымъ половымъ сожитіемъ, и если нѣкоторое постоянство и продолжительность союза между мужчиной и женщиной устанавливаются довольно рано, то практика кровосмѣшенія, такъ же мало сознаваемая, какъ мало сознавалось и самое понятіе родства, составляетъ все-таки общее правило. Первымъ шагомъ впередъ на пути этой первобытной организаціи было введеніе *экзогаміи*. Обычай предписывалъ мужчинамъ одного племени соединяться лишь съ женщинами другого, или, еще чаще, племя дробилось на различныя группы, *connubium* допускался не внутри группъ, а только между членами разныхъ группъ; ребенокъ принадлежалъ той группѣ, отъ которой зависѣла его мать.

Когда установилось понятіе индивидуальнаго родства, создавшаго семью или, по крайней мѣрѣ, кланъ внутри племени, то въ основу этого родства легло происхожденіе по матери; происхожденіе по отцу было безразлично. Этотъ результатъ получился въ силу самой природы вещей: происхожденіе отъ матери всегда ясно и неопровержимо; напротивъ, происхожденіе отъ отца таинственно и никогда не можетъ быть вполнѣ доказано; допущеніе единственно возможныхъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ искусственныхъ и косвенныхъ доказательствъ требуетъ значительнаго развитія, о которомъ въ этотъ періодъ исторіи не можетъ быть и рѣчи. Слѣдовательно, въ началѣ женщина, а не мужчина, стоитъ во главѣ, составляетъ корень племени, *familiae caput*: единственное признаваемое родство, это — родство по женской линіи.

Эта система господствовала, безъ сомнѣнія, въ теченіе многихъ поколѣній среди разныхъ человѣческихъ расъ; у многихъ она и теперь еще составляетъ доминирующее явленіе. Притомъ настоящая форма родства встрѣчается не исключительно среди племенъ, практикующихъ въ болѣе или менѣе широкой степени безпорядочное половое сожитіе: ее можно встрѣтить и при той странной и всѣмъ хорошо извѣстной формѣ брака, которая носитъ названіе *поліандріи*; часто она уживается и рядомъ съ моногаміей,

когда эта последняя только-что появляется. Многое заставляетъ думать, что это учрежденіе подняло соціальное положеніе женщины въ первобытной цивилизаціи. Тамъ, гдѣ господствуетъ *материнское право*, женщина занимаетъ съ точки зрѣнія права сильное и почти доминирующее положеніе. Родство устанавливается чрезъ посредство женщины, и наслѣдственное право, слѣдующее за родствомъ, не только укрѣпляетъ имущество за одними родственниками по женской линіи, но и среди этихъ послѣднихъ исключаетъ мужчинъ въ пользу женщинъ, которыя выступаютъ на первомъ мѣстѣ при жертвенныхъ обрядахъ и часто возвышаютъ свой голосъ даже въ политическихъ совѣтахъ, на ряду съ мужчинами.

Но если материнство служитъ единственнымъ центромъ, отъ котораго исходитъ родство, то оно не можетъ быть основаніемъ для упроченія семьи [1]). Родство по женской линіи создаетъ въ племени лишь недостаточно связанныя между собою группы, которыхъ члены объединены только ограниченной солидарностью для взаимной защиты и обоюдными правами на наслѣдство. Одно лишь родство по отцу можетъ установить семью, организовать ее въ соціальную и политическую единицу; одинъ лишь отецъ можетъ создать управленіе домомъ и обратить домашній очагъ въ первооснову общины. Вступленіе этого начала въ юридическую жизнь знаменуетъ одинъ изъ самыхъ значительныхъ шаговъ человѣчества на пути прогресса, и, можетъ-быть, арійцы и семиты оттого-то и стали во главѣ цивилизаціи, что они очень рано сдѣлали этотъ шагъ.

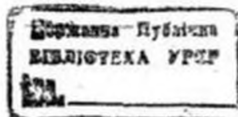
Родство по отцу вошло въ первобытныя учрежденія, повидимому, лишь окольными и искусственными путями; оно было сначала скорѣе результатомъ сознательной воли, чѣмъ признаніемъ естественнаго факта. Это можно видѣть на томъ, что многія племена то прибѣгали къ наивной симуляціи, при которой мать замѣнялась отцомъ, и этотъ послѣдній продѣлывалъ надъ собою

---

[1]) *Въ этой системѣ нельзя признать, чтобы семья имѣла дѣйствительнаго главу. Но у дѣтей все-таки есть естественный и законный покровитель въ лицѣ единоутробнаго брата ихъ матери, который замѣняетъ имъ отца и котораго сыновьями они какъ бы считаются. Вездѣ, гдѣ встрѣчается эта характерная черта, можно быть увѣреннымъ въ томъ что признается одно родство по женской линіи, или что господство этого начала только-что окончилось.*

фиктивные роды, то придумывали такой поліандрическій союзъ, въ которомъ всѣ сыновья одной матери играли роль мужей въ отношеніи къ одной и той же женѣ, и старшему брату приписывались всѣ дѣти, рожденныя отъ такого сожительства. Формальное усыновленіе должно было играть большую роль въ установленіи древнѣйшаго родства по отцу; но ему особенно благопріятствовало, безъ сомнѣнія, дѣйствительное овладѣніе жены мужемъ. Въ силу этого овладѣнія онъ получалъ на дѣтей своей жены тѣ же права, что и на потомство своей рабы; если онъ хотѣлъ признать себя отцомъ дѣтей, то утверждая свою власть надъ ними, онъ могъ сообщить этимъ самымъ юридическую санкцію и своему родству съ ними. Вотъ чѣмъ объясняются захватъ и покупка женъ, составляющіе до сихъ поръ очень часто встрѣчающуюся форму брака,— все равно, представляетъ ли при этомъ захватъ и покупка дѣйствительный фактъ, или одинъ символическій обрядъ. Но эти обычаи должны были повести неизбѣжно къ настоящему приниженію или, по меньшей мѣрѣ, къ большому сравнительно съ мужчиной неравенству юридическаго положенія супруги и женщины вообще. Изъ всего этого возникло одновременно и новое представленіе о родствѣ и правахъ семьи, исключительно основанное на родствѣ по отцу. Это родство—агнатическое которое господствовало такъ долго въ римскомъ правѣ, давшемъ самый извѣстный образецъ этого родства; но помимо римскаго права, оно составляетъ, повидимому, стадію развитія, общую всѣмъ прогрессирующимъ народамъ. Право стало совсѣмъ игнорировать материнское родство — послѣ того, какъ признавало долгое время лишь его; и такъ дѣло шло до тѣхъ поръ, пока прогрессъ, развертывая свои превращенія, не соединилъ въ болѣе широкой системѣ оба принципа, управлявшіе поочередно семейной организаціей. Такъ образовались патріархальныя группы, составившія арійскія и семитическія народности при ихъ первомъ появленіи въ исторіи. Если не считать указаннаго обобщенія слишкомъ смѣлымъ, то можно сказать, что патріархальная семья, которую принимаютъ часто за первую соціальную организацію, есть, напротивъ, результатъ медленнаго процесса развитія.

А. Э.



ГЛАВА II

Востокъ

I.

Когда семьи начали группироваться въ племена, общины, государства, то семейное управленіе, единственно извѣстное до того времени, должно было сдѣлаться образцомъ и для политическаго правительства, которое предстояло создать. Государство было то же, что и большая семья, которой отецъ являлся монархомъ; власть послѣдняго надъ подданными была также абсолютна, какъ и власть отца надъ дѣтьми. Такимъ образомъ человѣческія общества перешли отъ патріархальнаго строя къ деспотическому.

Въ Европѣ этотъ новый порядокъ былъ лишь переходнымъ. При глубоко изрѣзанной береговой линіи Греціи и Италіи, ставшихъ первой ареной для европейской цивилизаціи, тираніи недоставало мѣста для того, чтобы окрѣпнуть и распространиться. Здѣсь на каждомъ мысѣ, у каждаго залива подымались независимые города, и власть каждаго тирана, замкнутая, по большей части, въ узкомъ кругу городской общины, подвергалась часто слишкомъ большой опасности извнѣ и была слишкомъ слаба извнутри, для того, чтобы противодѣйствовать вліянію времени. Напротивъ, на необозримыхъ равнинахъ восточной Азіи, скученные вмѣстѣ народы образовали съ раннихъ поръ громадныя и тѣсно сплоченныя государства. Тяжесть тираніи росла постоянно съ пространствомъ этихъ государствъ, и разъ порабощенные народы не могли уже подняться. Теперь еще, послѣ многихъ тысячелѣтій, эти страны находятся подъ гнетомъ того же деспотизма, который противополагалъ всегда всѣмъ вліяніямъ европейской цивилизаціи непобѣдимую силу косности. Безъ сомнѣнія, на Востокѣ, какъ и въ Европѣ, многочисленныя революціи ниспровергали троны и династіи; законы, нравы, религія, подвергались измѣненіямъ, но деспотизмъ оставался неизмѣннымъ, такъ что восточныя общества шли, не двигаясь впередъ и, какъ бы кружились на мѣстѣ. Поэтому для настоящаго періода, такъ же какъ и для предыдущаго, мы найдемъ въ новыхъ государствахъ Востока образъ первобытныхъ мо-

нархій и въ современныхъ фактахъ—подтвержденіе древнѣйшихъ свидѣтельствъ. Всѣ формы человѣческаго общежитія имѣютъ опредѣленное географически мѣсто и особую эпоху въ исторіи: какъ въ Океаніи мы нашли нравы первобытнаго времени, въ Африкѣ и Западной Индіи—учрежденія патріархальнаго быта, такъ еще и въ XIX вѣкѣ мы встрѣтимъ грубѣйшую форму правительства самаго начала историческаго развитія—абсолютный деспотизмъ. Онъ царитъ во всей Азіи и даже ближе къ намъ: мы видимъ азіатскую автократію и въ Европѣ—въ той Оттоманской имперіи, которая окружена, какъ бы стиснута со всѣхъ сторонъ, новой цивилизаціей и въ то же время болѣе удалена отъ насъ своими учрежденіями и нравами, чѣмъ та Греція, которую мы знаемъ за три тысячи лѣтъ назадъ.

Такимъ образомъ, въ восточныхъ законодательствахъ мы снова становимся лицомъ къ лицу съ патріархальнымъ строемъ, перенесеннымъ отъ семьи на государство. Монархъ дѣлается тѣмъ, чѣмъ былъ прежде отецъ семейства, т.-е. единственнымъ законодателемъ, высшимъ судьей, верховнымъ жрецомъ и абсолютнымъ господиномъ надъ личностью и имуществомъ всѣхъ своихъ подданныхъ. Но, перейдя отъ отца къ монарху, эта власть лишилась своего естественнаго противовѣса: власть отца умѣрялась семейными привязанностями, власть монарха не знала никакой узды. Правда, китайцы думаютъ, что императоръ питаетъ къ своимъ подданнымъ ту же любовь и расточаетъ имъ тѣ же попеченія, что и отецъ, точно такъ же, какъ отецъ, въ свою очередь, располагаетъ своей семьей на правахъ государя [1]). Но придавать серьезное значеніе такимъ положеніямъ можетъ только наивная неопытность народа, не перешагнувшаго еще за дѣтскій возрастъ.

Во всякомъ случаѣ, восточныя общества не могли бы существовать даже въ томъ приниженномъ состояніи, въ какомъ они находятся, если бы у нихъ не было принципа, который стоялъ бы выше этого абсолютнаго деспотизма, представляющаго собою отрицаніе всякаго права. Всегда, даже на Востокѣ, признавалась власть выше деспота, это—власть божества и священныхъ книгъ, въ ко-

---

[1]) Davis, *The Chinese, a general description of the empire of China and its inhabitants*, Лондонъ, 1836, томъ I, глава VIII.

торыя первое влагаетъ свои заповѣди [1]). Религія для этихъ народовъ должна составлять все, такъ какъ внѣ ея они видятъ только произвольныя распоряженія деспота. Поэтому-то религія и выходитъ здѣсь изъ своей области, освящаетъ учрежденія и частные интересы, возводя тѣ и другіе въ права. Поэтому же право на Востокѣ не могло быть инымъ, какъ только религіознымъ: всѣ кодексы законовъ, смѣнявшіе другъ друга, начиная отъ кодекса Ману и кончая Кораномъ, принимались, какъ божеское откровеніе. Въ этихъ кодексахъ все перепутано: теологія, мораль, право уголовное, публичное и гражданское; то воровство и убійство преслѣдуются карами въ загробной жизни, то богохульство и нечестивость наказываются человѣческимъ правосудіемъ [2]). Ничто не ускользаетъ отъ всемогущества закона, продиктованнаго самимъ Богомъ; онъ проникаетъ даже въ домашній очагъ, приподнимаетъ всѣ завѣсы, и нѣтъ такого интимнаго и тайнаго отношенія между мужемъ и женою, матерью и дочерью, которое онъ не стремился бы взять въ свои руки и регламентировать.

Въ присутствіи этихъ двухъ всемогущихъ властей,—деспота и религіознаго закона,—отецъ семейства могъ сохранить на Востокѣ лишь незначительную долю своихъ древнихъ прерогативъ, и семья, концентрировавшая въ себѣ въ патріархальный періодъ всѣ власти, оказалась почти всецѣло поглощенной государствомъ. Не трудно предугадать вліяніе и этого переворота на положеніе женщины. Она не можетъ болѣе стоять въ абсолютной зависимости отъ мужа или отца. Религіозный законъ беретъ ее подъ свою защиту; теперь тотъ, кто нарушитъ предписанныя ему обязанности въ отношеніи къ ней, навлечетъ на себя гнѣвъ боговъ [3]).

Первая изъ этихъ обязанностей—выдать дѣвушку по достиженіи ею половой зрѣлости замужъ; бракъ, по восточному представленію, есть законное обязательство, долгъ въ отношеніи къ государству. Въ Китаѣ, говорятъ, правительственный чиновникъ, завѣдующій

---

[1]) Даже у монголовъ и китайцевъ есть своя религія и свой культъ, хотя это иногда и отрицается. Ср. А. Франкъ, *Право у древнихъ народовъ Востока* (Etudes orientales, 1861).

[2]) Ману, VIII, 82; IX, 290; XII, 53—81.

[3]) Ману, IX, 95: „Даже въ томъ случаѣ, если мужъ вступаетъ въ бракъ безъ особой привязанности къ женѣ... онъ долженъ заботиться о ней, если она благонравна, для того, чтобы угодить богамъ“. Коранъ, Сюра IV, 23.

браками, собираетъ въ срединѣ весны на площади всѣхъ холостыхъ мужчинъ 30 лѣтъ и женщинъ 20 лѣтъ, подвергая ихъ наказанію, если они не вступятъ немедленно въ бракъ. У персовъ, индусовъ, евреевъ, отца, не озаботившагося о выдачѣ замужъ достигшей зрѣлости дочери, лишаютъ отцовской власти; дочь же можетъ въ этомъ случаѣ взять себѣ мужа по собственному выбору [1]).

Итакъ, бракъ заключается теперь не въ частномъ интересѣ отца семейства, но въ интересѣ государства; отецъ уже не можетъ продать или оставить у себя свою дочь, смотря по тому, въ чемъ онъ находитъ свою выгоду; замужество дочери составляетъ для него не только право, но и обязанность. Древній бракъ посредствомъ покупки невѣсты мало-по-малу исчезаетъ. Ману первый запрещаетъ его, а за нимъ это запрещеніе распространяется, вмѣстѣ съ буддистской доктриной, и на часть восточной Азіи. Позднѣе тотъ же ходъ развитія наблюдается и въ Западной Азіи. По Талмуду и Корану женихъ дѣлаетъ брачные подарки уже не отцу невѣсты, а самой невѣстѣ; цѣна, уплачиваемая прежде за жену, обращается теперь, какъ бы, въ выдѣлъ въ ея пользу, и благодаря такому счастливому превращенію, учрежденіе, освящавшее порабощеніе женщины, дѣлается для нея источникомъ довольства и почти гарантіей независимости [2]).

Вступая въ бракъ, женщина переходитъ во власть мужа, но удерживаетъ въ то же время надъ собою покровительство религіознаго закона. „Мужъ — господинъ своей жены, говоритъ Коранъ, Богъ всемогущъ и слѣдитъ за нимъ“ [3]). Съ перваго взгляда, при поверхностномъ знакомствѣ съ восточными законодательствами, обязанности мужа кажутся мало чѣмъ отличными отъ тѣхъ, которыя предписываются законами современной Европы: онѣ такъ же сводятся къ оказанію покровительства, охраны, помощи и вѣрности по отношенію къ женѣ [4]). Но это лишь обманчивая внѣшность. Само собою разумѣется, что народы, практикующіе

---

[1]) Л. А. Мартенъ (L. A. Martin), *Исторія женщины въ древности*, Парижъ, 1862, т. I, стр. 135, 280, 364.

[2]) Mischna, *Kethuboth*, I, IV, V, § 1; Коранъ, Сюра, IV, 3, 23.

[3]) Сюра, II, 228, 229, 231.

[4]) „Да поддержится взаимная вѣрность до гроба—вотъ въ чемъ, въ сущности, должна заключаться главная обязанность мужа и жены“. Ману, IX, 101, 102; III, 55, 61, 62; Коранъ, Сюра, IV, 128; Исходъ, XXI, 10.

полигамію, понимаютъ иначе, чѣмъ мы, долгъ супружеской вѣрности. Невѣрность мужа заключается у насъ не въ пренебреженіи супругою, а въ связи съ другой женщиной; у восточныхъ народовъ, наоборотъ, невѣрность понимается не какъ связь съ посторонней женщиной, а именно какъ это пренебреженіе и не исполненіе въ отношеніи къ женѣ супружескихъ обязанностей. Это и должно быть такъ у народовъ, которые считаютъ единственною цѣлью брака рожденіе дѣтей. Государство требуетъ отъ гражданъ не столько того, чтобы они были мужьями, сколько того, чтобы они дѣлались отцами. Потому-то законы и юриспруденція на Востокѣ обнаруживаютъ такое стараніе къ регулированію способовъ, которыми это *debitum conjugale* подлежитъ исполненію, и входятъ, при этомъ, въ такія нескромныя подробности, которыя нельзя воспроизводить [1]) И это—не простые совѣты, даваемые мужьямъ законодателемъ-моралистомъ: если вѣрить современнымъ путешественникамъ, то въ Турціи, напримѣръ, жена, пренебреженная своимъ мужемъ, можетъ вызвать его предъ судъ кади и добиться его наказанія [2]).

Этотъ долгъ вѣрности и помощи женѣ законъ предписываетъ мужу на все теченіе его жизни. Онъ неохотно допускаетъ разводъ и противъ несправедливаго развода [3]) вооружается не одними угрозами небеснаго возмездія, но и болѣе дѣйствительными мѣрами, сдѣлавшимися особенно необходимыми съ тѣхъ поръ, какъ бракъ чрезъ покупку жены былъ уничтоженъ, и мужъ безъ ущерба для своего кармана могъ обмѣнять одну жену на другую. Законы Индіи и Китая точно опредѣляютъ и ограничиваютъ случаи, въ которыхъ допускается разводъ. Въ Моисеевомъ законодательствѣ свобода разводовъ ограничена уже тѣми формами которыя сопровождаютъ совершеніе акта развода; у мусульманъ она находитъ себѣ узду въ обязательствѣ мужа дать выдѣлъ женѣ, съ которой онъ разводится [4]). Если бракъ прекращается смертью мужа, то на наслѣдни-

---

[1]) Ману, III, 45—50; Левитъ, XII, XV, Mischna, *Kethuboth*, 61a, 63a; Сельденъ, *De uxore hebraica*, Лондонъ, 1646, книга III, глава VI.

[2]) См. авторовъ, цитируемыхъ Михаэлисомъ, *Mosaïsches Recht*, т. II, § 118.

[3]) „Если разводъ окончательно рѣшенъ, Богъ знаетъ и слышитъ все". Коранъ, Сюра, II, 227.

[4]) Второзаконіе, XXIV, 1—4; Та-дзингъ-лё-лё, sect. 116; Коранъ, Сюра II. 238; V, 24, 25.

ковъ послѣдняго переходятъ обязанности покровительства и содержанія вдовы [1]).

Наконецъ, законъ не ограничивается покровительствомъ одной лишь личности жены; онъ защищаетъ также ея имущественныя права и обезпечиваетъ за нею родъ ея собственнаго имущества. Это имущество составляется изъ получаемыхъ ею при вступленіи въ бракъ даровъ, приносимыхъ ей платья и украшеній, прикрѣпленныхъ къ ней рабовъ [2]) и, наконецъ, того наслѣдства, которое ей можетъ современемъ достаться. Все еще исключаемая, по общему правилу, изъ наслѣдства наслѣдниками мужского пола, женщина получаетъ мало-по-малу извѣстную долю, правда, крайне незначительную, и при наслѣдственномъ раздѣлѣ: она допускается къ наслѣдованію рядомъ съ мужскими наслѣдниками, въ болѣе или менѣе тѣсныхъ предѣлахъ, у евреевъ, индусовъ, мусульманъ и, вообще, на всемъ Востокѣ, за исключеніемъ Китая [3]).

Такимъ образомъ, семья теряетъ свою автономію; древняя семейная организація даетъ болѣе, чѣмъ одну трещину, и задѣвается со всѣхъ сторонъ государствомъ. Идетъ ли дѣло о дочери или женѣ, о бракѣ или разводѣ, о личности или имуществѣ, государство и публичное право налагаютъ руку на всемогущество отца семейства и обезпечиваютъ за женщиной ея права и преимущества.

И вотъ теперь, когда женщина, благодаря законамъ, дѣлается на половину свободной, какое мѣсто займетъ она въ обществѣ? Пріобрѣтетъ ли она съ законной правоспособностью и нравственное вліяніе, и новыя права и новый авторитетъ. Нѣтъ, она испытаетъ, напротивъ, глубокое паденіе. Тогда какъ всѣ памятники патріархальной эпохи рисуютъ намъ женщину, окруженную общимъ уваженіемъ и почетомъ, на Востокѣ она представляется униженною и опозоренною, несмотря на покровительство законовъ. Съ одного конца Азіи до другого на нее смотрятъ, какъ на созданіе низшаго порядка, какъ на нѣчто среднее между ребенкомъ и рабомъ, слабое, какъ первый, низкое какъ второй, достойное жалости и, въ то же время, презрѣнія. Наши миссіонеры не въ силахъ убѣдить

---

[1]) Ману, VIII, 28.

[2]) Бытіе, XVI, 2, 3; XXIV, 22, 29; Ману, III, 55; IX, 194, 200; Коранъ, Сюра IV, 3, 23.

[3]) Гансъ, *das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung*, Берлинъ, 1824, т. I, стр. 118, 148, 189, 248.

китайцевъ въ томъ, что у женщины та же безсмертная душа, что и у мужчины [1]). Нѣсколько болѣе передовые — магометане, допускаютъ у женщины существованіе души, но имъ трудно представить себѣ, чтобы души ихъ попадали въ рай [2]). „Ману, говорятъ священныя книги Индіи, далъ въ удѣлъ женщины любовь къ постели, къ мѣсту, гдѣ она находится, къ украшеніямъ, жадность, способность приходить быстро въ гнѣвъ, дурныя наклонности, дурныя желанія и извращенность. Зная характеръ, которымъ ихъ надѣлилъ Создатель, мужья должны прилагать всѣ усилія для постояннаго наблюденія за ними. И днемъ, и ночью онѣ должны быть въ подчиненіи; молодымъ или старымъ, имъ не слѣдуетъ даже въ собственномъ домѣ позволять дѣлать что бы то ни было по ихъ собственной волѣ" [3]). Въ свою очередь, и самый знаменитый толкователь еврейскаго закона, Мэмонидъ, говоритъ, что женщина, подобно рабу или ребенку, недостойна изучать священный законъ [4]). Наконецъ, Магометъ, стараясь облечь эти общераспространенныя идеи, какъ бы, въ точную математическую формулу, учитъ, что человѣкъ стóитъ двухъ женщинъ, какъ женщина стóитъ двухъ рабовъ [5]). Такимъ образомъ въ представленіи всего Востока, женщина приближается по своей природѣ къ рабу. Нельзя поэтому удивляться, что она приближается къ нему и по положенію, въ которое ее поставили, и въ которомъ она должна терпѣть то же насиліе и исполнять часто тѣ же работы, что и рабы.

Но какъ согласить эти двѣ, повидимому, столь противорѣчивыя идеи, какъ освобожденіе женщины въ семьѣ, съ одной стороны, и ея паденіе въ обществѣ, съ другой? Та и другая идея объясняются однимъ и тѣмъ же фактомъ. Когда государство, сосредоточивъ въ своихъ рукахъ всѣ власти, лишило семью ея древнихъ прерогативъ и присвоило себѣ даже опеку надъ женщиной, то эта послѣдняя болѣе потеряла, чѣмъ выиграла отъ этой кажущейся

---

[1]) Гюc, *Китайская Имперія*, Парижъ, 1857, т. I, гл. VI.

[2]) Шарденъ (Chardin). *Путешествіе въ Персію*, Амстердамъ, 1735, т. IV, стр. 26.

[3]) Ману, V, 147; IX, 2—19.

[4]) Мэмонидъ, *De doctrina legis*, Oxonii, 1705, 1, *1*, 13... „Quoniam mulierum animi sunt plerumque doctrinae incapaces et ob ingénii imbecillitatem verba legis ad vanum et hyperbolicum sensum trahunt".

[5]) Коранъ, Сюра IV, 6, 12, 38; Сюра XLIII, 15—17. Срав. Унгеръ *Die Ehe in ihrer welthistorishen Entwicklung*, стр. 45.

эмансипаціи. Всѣ удары, наносимые семьѣ, попадали и въ женщину. Да развѣ и могло быть иначе? Настоящее мѣсто женщины—въ семьѣ, въ ней ея сила, подъ сѣнью семейнаго очага добродѣтели ея получаютъ особенный блескъ. Когда семья была суверенна, какъ въ патріархальную эпоху, тогда и вліяніе женщины было значительно; когда отецъ семейства былъ жрецомъ или царемъ, то мать или жена была также жрицею или царицею, и если крѣпкія узы, связывавшія женщину съ главою семейства, сковывали ея свободу, то онѣ же дѣлали ее одновременно участницею во всѣхъ оказываемыхъ ему почестяхъ и во всей его власти. Но какъ только установилась государственная власть, и домовладыка долженъ былъ отказаться отъ своихъ правъ въ пользу монарха, женщина была низложена. Деспотическій режимъ, хотѣвшій, повидимому, освободить ее, осуждалъ ее въ дѣйствительности на полное безсиліе.

Теперь будетъ къ мѣсту сказать, каково могло быть и каково было вліяніе абсолютнаго деспотизма вообще на гражданское положеніе женщины. Оно произвело, прежде всего, полигамію: полигамія и абсалютная власть у цивилизованныхъ народовъ не существовали никогда одна безъ другой. Да и какимъ образомъ моногамическій принципъ, предполагающій взаимныя обязанности между мужчиной и женщиной, нѣчто въ родѣ равенства между сильнѣйшимъ и слабѣйшимъ,—какимъ образомъ этотъ принципъ могъ найти себѣ мѣсто въ странахъ, въ которыхъ не существовало представленія о свободѣ? Поэтому-то, если можно указать учрежденіе, которое проходитъ въ неизмѣнномъ и постоянно тождественномъ себѣ видѣ черезъ столѣтія и самые разнообразные расы и и климаты на всемъ Востокѣ, такъ это именно многоженство. Даже такіе творцы чистыхъ и святыхъ законовъ въ Азіи, какъ Зороастръ и Моисей, принуждены были жертвовать этому народному обычаю суровой строгостью своихъ доктринъ. [1]) Полигамія—такое же характерное явленіе для Азіи, какъ моногамія для Европы, и

---

[1]) Раньше думали видѣть въ Зендъ-Авестѣ (III, 230) освященіе моногаміи; но вся исторія Персіи показываетъ, что относящійся къ ней текстъ заключаетъ въ себѣ лишь простое наставленіе, а не законодательное предписаніе. „Моисей, говоритъ Іисусъ, разрѣшилъ вамъ полигамію изъ-за грубости вашихъ нравовъ". Матѳей, XIX, 8; Маркъ, X. 5.—Для индусовъ ср.Ману, IX, 198; Yâjnavalkya, I, 57.

въ контрастѣ этихъ учрежденій проявляется въ самой рѣзкой формѣ тотъ крайній антагонизмъ, который съ начала исторіи и до нашихъ дней раздѣляетъ и противополагаетъ одну другой обѣ части цивилизованнаго міра.

Исходя изъ этой мысли, въ полигаміи хотѣли видѣть вліяніе климата, и немного недоставало до того, чтобы этотъ важный вопросъ политики и нравственности не былъ сведенъ къ простой географіи. Монтескьё, повидимому, допускаетъ, что въ жаркомъ климатѣ естественно имѣть нѣсколько женъ, и вотъ по какимъ соображеніямъ: въ странахъ этого климата рождается больше дѣвочекъ, чѣмъ мальчиковъ; здѣсь меньше потребностей, и потому легче содержать многихъ женъ и дѣтей; кромѣ того, женщины не пользуются вліяніемъ, выходя замужъ почти дѣтьми и теряя по достиженіи совершеннолѣтія свою красоту; въ холодныхъ странахъ, наоборотъ, красота ихъ сохраняется дольше, и такъ какъ въ этихъ странахъ мужчины предаются обыкновенно еще употребленію крѣпкихъ напитковъ, то женщины часто превосходятъ ихъ и благоразуміемъ [1]). Если бы все это было вѣрно, то пришлось бы отказаться отъ всякой надежды на нравственную культуру въ жаркомъ климатѣ. Но мнѣ кажется, что лучшее знакомство съ фактами можетъ повести къ болѣе утѣшительнымъ заключеніямъ. Нѣкоторые путешественники, правда, разсказываютъ что въ Батавіи и въ Бантамѣ на одного мальчика рождается отъ пяти до восьми дѣвочекъ, но пока статистика и акты гражданскаго состоянія не докажутъ мнѣ этого факта, до тѣхъ поръ я не повѣрю, чтобы законы природы въ названныхъ мѣстностяхъ дѣйствовали иначе, чѣмъ у насъ [2]). Къ тому же было бы ошибочно думать, чтобы вездѣ, гдѣ господствуетъ полигамія, долженъ быть избытокъ женскаго населенія; у различныхъ народностей Леванта полигамія существуетъ гораздо болѣе въ теоріи, чѣмъ на практикѣ, и даже среди мусульманъ, которые относятся къ ней съ наименьшей сдержанностью, современные путешественчики считаютъ изъ ста случаевъ только одинъ, когда у мужа бываетъ

---

[1]) Я резюмирую *Духъ законовъ*, кн. XVI, гл. II—IV. Слѣдуетъ прибавить, что нашъ великій публицистъ кончаетъ словами: „Во всемъ этомъ я не оправдываю обычаевъ, но ищу ихъ объясненія“.

[2]) Сообщенія по этому предмету крайне противорѣчивы. См. Михаэлисъ, *Mosaïsches Recht*, т. II, § 96.

двѣ жены, и изъ 500 случаевъ тоже одинъ, когда у него бываетъ ихъ болѣе двухъ [1]). Лишь въ богатыхъ столицахъ, говоритъ Михаэлисъ, встрѣчаются многочисленные гаремы; женщины, ихъ наполняющія, доставляются изъ всѣхъ рынковъ Азіи; большинство этихъ женщинъ родомъ изъ степей внутренней Азіи, Гималайскихъ и Кавказскихъ горъ. Путешественникъ, котораго поразилъ бы такой наплывъ женщинъ въ городахъ Востока, былъ бы такъ же наивенъ, какъ и тотъ, кого удивило бы численное превосходство мужского элемента надъ женскимъ въ нашихъ гарнизонныхъ городахъ. Такимъ образомъ полигамія, большое бѣдствіе само по себѣ, неизбѣжно влечетъ за собою еще большее,—поліандрію у тѣхъ бѣдныхъ народностей степей и горъ, которыя, снабжая гаремы, сохраняютъ у себя такъ мало женщинъ, что на всѣхъ мужчинъ одной семьи остается не болѣе одной женщины, которую они всѣ и раздѣляютъ между собою; это мы и видимъ среди монгольскихъ татаръ, у подножія Гималая и на нѣкоторыхъ берегахъ Индійскаго океана [2]). Слѣдовательно, полигамія насилуетъ законы какъ природы, такъ и нравственности, а что она не представляетъ исключительной особенности какого бы то ни было климата, это доказывается лучше всего существованіемъ ея какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ на всѣхъ поясахъ и подъ всѣми меридіанами; ее можно встрѣтить какъ у индѣйцевъ Сѣверной и Южной Америки, такъ и у татаръ Европейской и Азіатской Россіи, какъ на льдахъ Камчатки, такъ и въ знойной полосѣ тропиковъ [3]), — наконецъ, у всѣхъ тѣхъ народностей, которыя остались еще при патріархальномъ бытѣ, и во всѣхъ тѣхъ государствахъ, которыя не пошли дальше деспотическаго правленія. Полигамія свойственна, поэтому, не какимъ-либо физическимъ условіямъ, а извѣстному состоянію цивилизаціи или, вѣрнѣе, варварства; публицистъ долженъ искать ея мѣсто не въ томъ или другомъ климатѣ, а въ первыхъ стадіяхъ поступательнаго движенія человѣчества.

---

[1]) Лэнъ (Lane), *Modern Egyptians*, Лондонъ, 1860 г., гл. VI, стр. 178 (5-е изданіе).

[2]) Эрихъ фонъ Шёнбергъ. *Patmakhanda, Lebens unb Charakterbilder aus Indien und Persien*, Лейпцигъ, 1852, т. I, стр. 114. Въ Грузіи, гдѣ еще практикуется древній видъ брака посредствомъ покупки, женщинъ, какъ говорятъ, такъ мало, что ихъ можно пріобрѣтать лишь по очень высокой цѣнѣ.

[3]) Клемъ, *Die Frauen*, т. I, стр. 29, 51, 80, 131.

Но если полигамія является послѣдствіемъ деспотизма, то порабощеніе женщины, ея нравственное униженіе и законная неправоспособность составляютъ послѣдствія полигаміи. Безъ сомнѣнія, законодатели Востока оказываютъ покровительство женщинѣ, но самое это покровительство свидѣтельствуетъ о ея безправности: законодатель не имѣлъ бы надобности покровительствовать ей, если бы онъ самъ предварительно не обезсилилъ ее. Если женщина можетъ владѣть извѣстнымъ имуществомъ, обладать нѣкоторыми наслѣдственными правами, то эти права болѣе кажущіяся, чѣмъ дѣйствительныя, такъ какъ тотъ же законъ, который призываетъ женщину къ наслѣдованію и предписываетъ мужу и отцу „одарять щедро женщинъ“ [1]), объявляетъ, въ то же время [2]), что все, могущее быть пріобрѣтеннымъ женщиной, пріобрѣтается ея отцомъ или мужемъ. Имущество женщины не болѣе, какъ peculium, права ея—простое пользованіе; она не можетъ, очевидно, ни распоряжаться имуществомъ, ни вступать въ договоры, ни обязываться иначе, какъ съ разрѣшенія,—скажемъ лучше, по приказу или при содѣйствіи отца, мужа, или наслѣдниковъ этого послѣдняго [3]).

До сихъ поръ рѣчь шла о чертахъ учрежденій, общихъ всему Востоку, и по такому общему характеру изложенія, ему недоставало, можетъ-быть, опредѣленности. Для составленія себѣ болѣе точнаго представленія о восточномъ правѣ, остановимся теперь нѣсколько минутъ на двухъ спеціальныхъ кодексахъ: Ману и Моисея. Ихъ мы можемъ признать за типы двухъ классовъ законодательствъ: законодательствъ пантеистическихъ, господствовавшихъ всегда на крайнемъ Востокѣ, и законодательствъ монотеистическихъ, преобладавшихъ во всѣ времена на западѣ Азіи. Кромѣ того, эти два кодекса представляютъ особый интересъ для всякаго, кто интересуется происхожденіемъ нашихъ европейскихъ учрежденій: законодательство Ману имѣетъ спеціальное значеніе благодаря общности расы, объединяющей насъ съ индусами, а

---

[1]) Ману, III, 55.

[2]) *Тамъ же*, VIII, 416, и *infra*, стр.

[3]) „Всѣ договоры, заключаемые женщиной, за исключеніемъ тѣхъ, которые заключаются во время несчастій, недѣйствительны и не производятъ никакого дѣйствія“. Narada, цит. у Macnaghten, *Principles of Hindu law*, Лондонъ, 1861, стр. 105.

законодательство Моисея, благодаря вліянію, оказанному имъ на наше каноническое право, а чрезъ него—и на современныя законодательства.

II.

Законодательство Ману находитъ часто для женщины слова, исполненныя нѣжности; само христіанство не вдохновляло ничего болѣе мягкаго и тонкаго. „Не бейте и цвѣткомъ провинившейся женщины. Гдѣ женщина почитается, тамъ и боги удовлетворены; гдѣ ея не почитаютъ, тамъ и благочестивые поступки остаются безплодными. Отцы, братья, мужья должны всячески одарять своихъ дочерей, сестеръ, женъ и оказывать имъ всѣ знаки вниманія, такъ какъ, если женщина блеститъ въ дорогихъ нарядахъ, то блеститъ и вся семья; если же она дурно одѣта, то не можетъ быть радости и въ сердцѣ ея супруга. Лишь тотъ совершенъ, кто соединяетъ въ себѣ три лица: жену свою, самого себя и сына; и еще брамины провозгласили, что мужъ составляетъ со своей женой одно лицо. Взаимная вѣрность должна поддерживаться до самой смерти, это — основная обязанность мужа и жены. Въ той семьѣ, гдѣ мужъ въ мирѣ съ женою, а жена съ мужемъ, счастье можетъ считаться обезпеченнымъ навсегда“. Всѣ, за исключеніемъ браминовъ, должны уступать женщинѣ — изъ уваженія къ ней. Она не только почитается, но и обоготворяется: „Женщины, соединяющіяся со своими мужьями, чтобы дѣлаться матерями, и поддерживающія честь дома, настоящія богини счастья“ [1]).

Но законодательство Ману боготворитъ женщину потому, что въ этомъ пантеистическомъ законодательствѣ все разсматривается, какъ божественное. Покровительство, оказываемое имъ дочери или женѣ, простирается и на всѣ созданія природы: тотъ, кто ударитъ женщину, виновенъ не болѣе того, кто нечаянно раздавитъ какое-нибудь полевое насѣкомое или сорветъ цвѣтущую ліану [2]). Ненамѣренное убійство женщины и такое же убійство коровы [3]) отно-

---

[1]) Законы Ману (пер. Loiseleur-Deslongchamps, Парижъ, 1833), II, 138, 139; III, 55, 56, 60; IX, 26, 45, 101. Yâjnavalkya (пер. Stenzler, Берлинъ, 1849), 1, 74.

[2]) Тамъ же, XI, 140; ср. 66, 142—145; III, 68, 69.

[3]) Ману, XI, 66; срав. 59.

сятся къ одной и той же группѣ преступленій. Можно ли послѣ этого удивляться, что тотъ же законодатель, который только что возвелъ женщину въ божество, тутъ же нападаетъ на нее и унижаетъ? „Женщины падки на удовольствія, капризны по характеру, лишены естественныхъ привязанностей, не знаютъ священныхъ законовъ и молитвъ; это—сама лживость. Вотъ какимъ характеромъ надѣлилъ ихъ въ моментъ созданія Властитель надъ всѣми тварями". Всѣмъ же хорошимъ, что въ нихъ можетъ оказаться, онѣ исключительно обязаны своимъ мужьямъ, которые передаютъ имъ свои добродѣтели. „Такъ какъ женщина, вступая въ законный бракъ, облекается въ то же достоинство, что и ея мужъ, подобно рѣкѣ, теряющейся въ океанѣ, то она допускается послѣ своей смерти въ то же небесное царство". Потому у женщины нѣтъ и другого Бога, какъ ея мужъ. Она устранена отъ всѣхъ религіозныхъ обрядовъ. „Для нея нѣтъ ни жертвоприношеній, ни постовъ, ни религіозныхъ обязанностей: служеніе своему супругу замѣняетъ для нея поклоненіе Богу, уходъ за домомъ—поддержаніе священнаго огня" [1]).

Устраненная отъ религіозныхъ обрядовъ, женщина не допускается и къ гражданскимъ дѣйствіямъ. Такъ какъ Ману объявилъ, что женщина — сама ложь, то свидѣтельство ея принимается лишь въ тѣхъ дѣлахъ, которыя касаются лицъ одного съ нею пола [2]). Ея гражданская неправоспособность—обща и постоянна: „Въ дѣтскомъ возрастѣ женщина зависитъ отъ своего отца, въ юности—отъ мужа, во время вдовства—отъ сына, а если нѣтъ сына, то отъ ближайшихъ родственниковъ мужа; она не должна никогда управляться сама" [3]). Всѣ эти покровители женщины суть въ то же время и господа какъ надъ ея имуществомъ, такъ и надъ ея личностью; а то, что законъ называетъ отдѣльнымъ имуществомъ женщины [4]), есть, какъ это было уже замѣчено выше, не что иное, какъ *peculium*; въ доказательство довольно сослаться на то, что, если бы женщина захотѣла присвоить себѣ этотъ peculium, вынося, напримѣръ, при выходѣ замужъ полученные ею

---

[1]) Ману, II, 67; V, 155, 165, 166; IX, 15, 16, 18, 22.

[2]) *Тамъ же*, VIII, 77; Yâjnavalkia. II, 70.

[3]) *Ibid.*, V, 148; Yâjnavalkia, 1, 85, 86.

[4]) *Ibid.*, IX, 194.

въ семьѣ своего отца подарки, то ее обвинили бы за это въ воровствѣ [1]).

Это пантеистическое законодательство, которое видитъ въ каждой личности проявленіе Божества, облекаетъ, естественно, въ религіозную форму и всѣ акты гражданской жизни. Въ частности, бракъ „не можетъ быть заключенъ безъ брачныхъ молитвъ“ [2]), и сопровождающіе его религіозные обряды представляютъ даже въ мельчайшихъ подробностяхъ поразительную аналогію съ брачными обрядами Аѳинъ и Рима. На ряду съ этой общей обрядностью, законъ отмѣчаетъ восемь различныхъ формъ, которыя принимаетъ союзъ мужчины и женщины [3]). Изъ этихъ восьми формъ четыре признаются священными, а четыре нечестивыми. Между первыми четырьмя одна напоминаетъ намъ *coemptio* римскаго права, и въ ней покупка невѣсты удерживаетъ еще значеніе символа: быки, предлагаемые женихомъ, въ видѣ платы за брачный договоръ, идутъ на жертвоприношеніе. Три другихъ формы, носящія чисто-религіозный характеръ, какъ римская *confarreatio*, различаются между собою только незначительными подробностями въ обрядахъ. Что касается, наконецъ, формъ брака, осужденныхъ религіей, то онѣ не могли вообще освящать законнаго союза, и женщина въ этихъ случаяхъ оставалась со всѣмъ своимъ имуществомъ подъ властью прежней семьи, не переходя во власть мужа [4]).

Религія, играющая первенствующую роль при бракѣ, освящаетъ также всѣ отношенія, вытекающія изъ семьи. Индусская

---

[1]) *Ibid.*, IX, 92; VIII, 416.—Нѣтъ сомнѣнія, что пользованіе женщины ея имуществомъ защищено въ извѣстной мѣрѣ закономъ, который наказываетъ, какъ воровъ, братьевъ или другихъ родственниковъ, присвоивающихъ себѣ имущество женщины-сироты, вдовы, или разведенной жены (Ману, VIII. 28, 29; Yâjnavalkia, III, 25); но законъ не налагаетъ никакого ограниченія на права отца или мужа. Ср. Macnaghten, Principles of Hindu law., гл. III.

[2]) *Ibid.*, VIII, 227.

[3]) *Ibid.*, III, 20—42.

[4]) Ману, IX, 197. Надо, конечно, сдѣлать исключеніе для *gandarvha*,—брака, который заключается дѣвушкой, достигшей половой зрѣлости, безъ согласія своихъ родителей. Ману, III, 32, 35. Наконецъ, въ наше время всѣ эти разнообразныя формы брака разрѣшены или, по крайней мѣрѣ, терпимы. Macnaghten. *Principles of Hindu law*, гл. V, стр. 62.

семья представляетъ собою родъ религіозной корпораціи, посвященной, какъ это было и въ патріархальную эпоху, непрерывному культу домашнихъ божествъ. Эти божества составляютъ предки, покойный отецъ семейства, возвращающійся невидимымъ гостемъ къ своему прежнему очагу, чтобы получить ежедневную и лучшую часть вечерней трапезы [1]) и порадоваться на вѣрную привязанность къ себѣ дѣтей и вдовы [2]). Если бы этотъ культъ прервался, если бы вся семья вымерла, то души предковъ, постоянно блуждающія по землѣ среди злыхъ духовъ, не могли бы никогда достигнуть загробнаго покоя [3]). Поэтому первой обязанностью дѣтей въ отношеніи къ предкамъ должно быть продолженіе семьи, и для исполненія этой обязанности законъ указываетъ на слѣдующія средства.

Прежде всего—бракъ: единственная цѣль брака, его украшеніе и освященіе, составляетъ рожденіе дѣтей: „производя на свѣтъ ребенка мужского пола, жена открываетъ небо своему мужу и его предкамъ“ [4]). Если жена безплодна, то мужъ долженъ развестить съ нею и взять себѣ другую жену.

Но бракъ можетъ оказаться безплоднымъ и по винѣ самого мужа. На этотъ случай имѣется другое средство. Мужъ можетъ создать себѣ сына, уступивъ на время брату или одному изъ родственниковъ свои права на жену. Этотъ обычай, какъ онъ ни страненъ въ нашихъ глазахъ, восходитъ къ глубокой древности и въ началѣ своего возникновенія облекался, вѣроятно, въ еще болѣе грубую форму. Мы видѣли, что у многихъ сосѣднихъ съ Индіей племенъ женщина считалась общею собственностью всѣхъ

---

[1]) *Ibid.*, III, 82, 122, 206—275, 189: „Невидимыя тѣни предковъ сопровождаютъ приглашенныхъ браминовъ; воздушныя, онѣ слѣдуютъ за ними и занимаютъ мѣста рядомъ, когда тѣ садятся“.

[2]) Законъ предписываетъ вдовѣ самую строгую вѣрность покойному мужу. Ману, V, 156, 157: „Жена, которая хочетъ достигнуть того же блаженства, какого достигъ ея мужъ, не должна дѣлать ничего такого, что могло бы ему не понравиться какъ при его жизни, такъ и послѣ его смерти... Послѣ потери супруга, она не должна произносить даже имени другого человѣка“.

[3]) *Ibid*, IX, 137, 138: „Чрезъ сына человѣкъ достигаетъ небесныхъ міровъ; чрезъ сына сына онъ получаетъ безсмертіе; чрезъ сына этого внука онъ подымается до солнца“.

[4]) Ману. IX, 28: ср. III, 36—38.

членовъ семьи, и различные памятники древности указываютъ на подобный обычай въ различныхъ странахъ [1]). То же самое должно было имѣть мѣсто и въ древней Индіи; бракъ заключался и тамъ посредствомъ покупки; женщина пріобрѣталась въ общемъ интересѣ всей семьи, въ виду продленія этой послѣдней путемъ мужскихъ наслѣдниковъ; она покупалась на общія деньги, такъ какъ нераздѣльность имущества окружалась ореоломъ святости и почиталась всегда въ индусскихъ семействахъ болѣе, чѣмъ раздѣльность; поэтому-то женщина и считалась какъ бы общей собственностью всѣхъ родственниковъ. Но, поддерживая нераздѣльность семейнаго имущества, законодательство Ману покончило въ то же время и съ коммунизмомъ женъ: мужъ получилъ на свою жену исключительныя права, и если являлась надобность для продолженія семьи въ уступкѣ на время этихъ правъ одному изъ членовъ той же семьи, то это нарушеніе супружеской вѣрности, благодаря сопровождавшей его торжественности, не носило вовсе нечестиваго характера, а принимало, напротивъ, форму религіознаго долга [2]).

Наконецъ, бракъ можетъ быть не безплоднымъ, но произвести одних дѣтей женскаго пола. Какъ поступить въ этомъ случаѣ мужу, чтобы исполнить долгъ относительно предковъ? Законъ предлагаетъ ему такое средство: „Пусть онъ позаботится о томъ чтобы его дочь родила сына, и пусть скажетъ ей: мальчикъ, котораго ты произведешь на свѣтъ, будетъ моимъ сыномъ, и онъ исполнитъ въ мою честь похоронный обрядъ. Въ день, когда дочь, выданная такимъ образомъ замужъ, родитъ сына, дѣдъ его по матери сдѣлается въ то же время его отцомъ. Этотъ мальчикъ

---

[1]) Страбонъ, кн. XVI, гл. IV, п. 25; Цезарь, *de Bello Gall.*, V, 14. Ср. Я. Гриммъ, *Rechtsalterthümer*, стр. 443.

[2]) Ману, IX, 58—63: „Пусть тотъ родственникъ, которому поручена эта обязанность, окропитъ себя благовонными маслами, подойдетъ молча ночью къ вдовѣ или бездѣтной женѣ и зародитъ одного сына, но ни въ какомъ случаѣ не другого... Послѣ чего этотъ родственникъ и эта женщина должны относиться другъ къ другу, какъ отецъ и невѣстка". Слѣдуя Vrihaspati и Smiriti (цитируем. у W. Jones, *Institut. of Hindu law, append.*), этотъ обычай въ настоящее время осуждается, „такъ какъ теперь женщина и мужчина преданы грѣху". Но все же онъ и до нашихъ дней практикуется въ нѣкоторыхъ областяхъ. Colebrooke, *Digest of Hindu law*, Лондонъ, 1801, т. III, стран. 276.

принесетъ два жертвенныхъ пирога: одинъ—своему отцу, другой—дѣду по матери; онъ обезпечитъ тогда покой дѣду въ загробной жизни такъ же, какъ это могъ бы сдѣлать и сынъ его сына" [1]). Вотъ почему „каждый разумный человѣкъ", прибавляетъ законодатель, „долженъ остерегаться вступать въ бракъ съ дѣвушкой, у которой нѣтъ брата; отецъ этой дѣвушки согласился, можетъ быть, на ея бракъ съ тою лишь цѣлью, чтобы усыновить впослѣдствіи сына, котораго она родитъ" [2]).

Теперь видно, что въ глазахъ индусскаго законодателя вся судьба, вся роль женщины на землѣ сводится къ тому, чтобы дать дѣтей мужу и тѣмъ обезпечить продолженіе его рода. И даже преимуществами, которыя ей оказываетъ законъ, она можетъ воспользоваться лишь тогда, когда сдѣлается супругою или матерью. При этомъ только условіи законодатель предоставляетъ ей подобіе имущества и наслѣдственнаго права: въ дѣйствительности, женщина никогда не наслѣдуетъ, такъ какъ она не можетъ приносить жертвъ предкамъ семьи, и „жертвенный пирогъ, говоритъ Ману, слѣдуетъ за семьей и имуществомъ" [3]). Если, поэтому, кто либо умираетъ, не оставляя послѣ себя никакого потомства, кромѣ дочери, то наслѣдство считается временно выморочнымъ; но родственники умершаго должны, какъ можно скорѣе, выдать эту дочь замужъ и передать все наслѣдственное имущество въ руки ея мужа, который получитъ, однако, это имущество лишь на храненіе до рожденія перваго ребенка мужского пола; при рожденіи этого ребенка, все наслѣдство пріобрѣтается имъ, и онъ дѣлается продолжателемъ личности умершаго [4]). Если покойный оставляетъ послѣ себя сыновей и дочерей, то „пусть братья выдадутъ своимъ незамужнимъ сестрамъ, каждый—четвертую часть своей доли для того, чтобы онѣ имѣли возможность выйти замужъ" [5]). Но и это имущество пріобрѣтается мужьями сестеръ, а не самими сестрами, и оно не составляетъ также *dos*, приданаго, такъ какъ нѣтъ такого закона, который обязывалъ бы

---

[1]) Ману, IX, 127, 132, 136, 139.

[2]) *Ibid.*, III, 11: Yâjnavalkya, 1, 53. Эта форма усыновленія теперь уже не встрѣчается. Кольбрукъ, *Digest of Hindu law*, т. III, стр. 493.

[3]) *Ibid.*, IX, 142, ср. 185, 192.

[4]) Ману, IX, 130—132; Yâjnavalkya, II, 51.

[5]) *Ibid.*, IX, 118.

мужа къ сохраненію этого имущества во время теченія брака или къ возвращенію его по прекращеніи брака [1]).

Вотъ какъ законодательство Ману регулируетъ положеніе женщины. Со времени его изданія протекло 3000 лѣтъ, а за немногими измѣненіями въ подробностяхъ это же законодательство сохраняетъ свою силу и въ наши дни. Между тѣмъ, послѣ Ману въ Индіи появился великій реформаторъ; царскій сынъ добровольно отрекся отъ величія трона, чтобы промѣнять его на нищету, преслѣдованіе и изгнаніе; онъ началъ въ то же время проповѣдь передъ приниженными и угнетенными классами о милосердіи, смиреніи и самоотверженіи,—это были добродѣтели, до того совершенно неизвѣстныя. Вся жизнь этого реформатора представляетъ чудный примѣръ святости и героизма, который не долженъ бы пропасть даромъ для человѣчества, и мы могли бы ожидать, что и женщина, наравнѣ съ паріей и рабомъ, найдетъ свое освобожденіе въ новомъ законѣ Будды. Но ничего подобнаго не совершилось, и отчеты путешественниковъ свидѣтельствуютъ намъ, что нигдѣ женщина такъ не угнетена и не унижена, какъ среди тристамилліоннаго населенія, исповѣдующаго буддизмъ. Геній Будды не сумѣлъ возвыситься до источника всяческой свободы: человѣческой индивидуальности и божественной личности. Пантеизмъ, лежащій въ основаніи какъ буддійской, такъ и браминской религіи, ведетъ равнымъ образомъ, и въ гражданской, и въ политической жизни, къ отрицанію индивидуальнаго права и къ утвержденію абсолютнаго деспотизма.

III.

Въ то время, какъ въ глубинѣ Азіи вліяніе пантеизма давило самыя благородныя стремленія, около границъ Европы, Моисей полагалъ въ основу своихъ законовъ вѣру въ Бога, личнаго и свободнаго, создавшаго человѣка по образу и подобію своему. Этотъ принципъ, заключавшій въ себѣ зародышъ всѣхъ свободъ, долженъ былъ принести плоды даже на неблагодарной почвѣ Азіи. Свободное согласіе народа лежитъ въ основаніи Моисеевыхъ законовъ.

[1]) Yâjnavalkya смягчилъ, кажется, въ этомъ пунктѣ законодательство Ману.

„Внемлите, я вамъ предлагаю теперь благословеніе и проклятіе; благословеніе—если вы будете послушны заповѣдямъ Предвѣчнаго, вашего Бога, и проклятіе—если вы ослушаетесь заповѣдей Предвѣчнаго. Беру въ свидѣтели небо и землю, что я представилъ вамъ на выборъ жизнь и смерть, благословеніе и проклятіе; выбирайте же жизнь для того, чтобы вы и ваше потомство жили“ [1]). Почти республиканская конституція, объявленная у подножія Синая, не задавила подъ гнетомъ центральной власти независимости патріархальныхъ племенъ[2]). И когда позже, въ Палестинѣ, евреи подчинились общему всей Азіи порядку, давъ себѣ такого же абсолютнаго монарха [3]), какого мы встрѣчаемъ на Востокѣ повсюду, то въ своей вѣрѣ они нашли оплотъ или, выражаясь библейскимъ языкомъ „высшее убѣжище“ противъ крайностей восточнаго деспотизма. Голосъ пророковъ сдѣлался органомъ общественной совѣсти, и ихъ протесты, которыхъ не могла заглушить никакая полиція предупрежденія,[4]) подымались иногда до такой силы, что расшатывали тронъ не одного тирана. И все это потому, что единственный верховный монархъ, котораго признавалъ Израильскій народъ, былъ Іегова: онъ одинъ предводительствовалъ войскомъ и одинъ творилъ судъ устами своихъ первосвященниковъ [5]) Царь на тронѣ, какъ и каждый Израильтянинъ у своего очага, имѣлъ положеніе временнаго владѣльца; единственный собственникъ и единственный царь былъ Предвѣчный [6]).

---

[1]) Второзаконіе, XI, 26 и слѣд.; XXX, 15 и слѣд.; Исходъ, XIX, 7.

[2]) Каждое племя могло особо вести войну. Книга судей, IV, 10; XVIII и слѣд.; 1, Хроники, IV, 41, 43.

[3]) I кн. царствъ, VIII, 5—18: „Евреи сказали Самуилу: Поставь надъ нами царя, который могъ бы судить насъ, какъ это дѣлается у всѣхъ народовъ“. Отвѣтъ Самуила показываетъ, въ чемъ заключался тогда монархическій режимъ: „Вотъ что сдѣлаетъ съ вами царь, котораго вы хотите надъ собою: онъ возьметъ вашихъ сыновей и дочерей и сдѣлаетъ изъ нихъ своихъ слугъ и служанокъ; онъ отберетъ ваши поля и виноградники, вашихъ рабовъ и стада, и вы сами станете его рабами“, и т. д.

[4]) Пророка нельзя было наказывать раньше того, чѣмъ событія не опровергали его пророчества. Второзаконіе, XVIII, 20—22. Этотъ законъ преступался рѣдко. Іеремія, XXVI, 7 и слѣд.

[5]) Второзаконіе, XXI, 5; Езекіиль, XLIV, 24. Срав. II, Хроники, XIX, 6.

[6]) Лев., XXV, 23: „Земля не можетъ быть окончательно продана, такъ какъ она моя, а вы—лишь чужеземцы и гости мои“. Отсюда и выраженіе: „Онъ сѣлъ на тронъ Предвѣчнаго“. I, Хроники, XXIX, 23.

Этотъ свободный и спиритуалистическій духъ проявляется ярко, какъ въ семейной, такъ и въ государственной организаціи. „Предвѣчный—въ союзѣ не только съ главами семейства", но и съ женщинами, дѣтьми и рабами: „Представьте теперь всѣ предъ Предвѣчнымъ, вашимъ Богомъ, начальники племенъ, старѣйшины, предводители войска и всѣ сыны Израиля, съ вашими дѣтьми, женами и рабами, которые рубятъ ваши дрова и черпаютъ воду, чтобы всѣ вы могли войти въ союзъ, который Предвѣчный, вашъ Богъ, заключаетъ въ этотъ день съ вами" [1]). Если же почти патріархальная организація израильскихъ племенъ оставляетъ еще отцамъ семейства власть, близкую къ абсолютной, то власть эта запечатлѣна новыми чертами нѣжности и мягкости, благодаря закону, основное правило котораго гласило: „И полюбишь такъ Предвѣчнаго твоего Господа всемъ сердцемъ твоимъ, всей душой твоей, всѣми силами твоими" [2]). Заботливость закона доходитъ до покровительства женщины даже въ состояніи рабства: „Если человѣкъ, который имѣетъ наложницей рабу-еврейку, вступитъ въ бракъ съ другой женщиной, то онъ не долженъ ничего урѣзывать рабѣ ни въ пищѣ, ни въ исполненіи должныхъ ей супружескихъ обязанностей" [3])—„Если ты женишься на чужеземной плѣнницѣ, то введешь ее въ домъ свой, и тамъ она будетъ справлять трауръ, оплакивать въ теченіе мѣсяца отца своего и мать свою, послѣ чего ты придешь къ ней и будешь ей мужемъ, а она тебѣ женой. Если же случится, что она станетъ тебѣ болѣе не по сердцу, ты отошлешь ее, куда она захочетъ, но продать ее за деньги ты не можешь, такъ какъ она была тебѣ женой" [4]). Разъ сдѣлавшись вдовою, женщина, хотя и продолжаетъ зависѣть отъ семейства своего бывшаго мужа, пріобрѣтаетъ, однако, извѣстную самостоятельность: она вступаетъ законно въ обязательства, по присягѣ или обѣту, не нуждаясь ни въ чьемъ разрѣшеніи [5]). Наконецъ, мать упражняетъ надъ своими дѣтьми власть,

---

[1]) Второзаконіе, XXIX, 10—12; Исходъ, XXII, 22—23; Псаломъ LXVIII, 6: „Богъ—отецъ сиротъ и судья вдовъ".

[2]) Второзаконіе, VI, 5.

[3]) Исходъ, XXI, 10—11.

[4]) Второзаконіе, XXI, 11—14.

[5]) Книга чиселъ, XXX, 10. Здѣсь еще нѣтъ абсолютной способности къ заключенію обязательствъ, такъ какъ подвластный сынъ можетъ также дать законно обѣтъ или присягу.

почти равную власти отца семейства: „Если блудный и непокорный сынъ не внемлетъ голосу отца своего или матери своей и, наказанный ими, вновь ослушается ихъ, то отецъ и мать поведутъ его къ старѣйшинамъ города и скажутъ имъ: Вотъ непокорный и блудный сынъ нашъ, онъ не слушается насъ“ [1]).

Никогда, безъ сомнѣнія, Востокъ не слышалъ такихъ великодушныхъ и благородныхъ ученій; въ нихъ, какъ и въ пророчествахъ Амоса или Исаіи, можно видѣть зарю христіанской истины. Однако, несмотря на эти высшія вѣянія, еврейское законодательство не могло освободиться вполнѣ отъ восточнаго вліянія. Въ Палестинѣ, какъ и въ остальной Азіи, на женщину смотрятъ, какъ на существо, стоящее по своей нравственной природѣ ниже, чѣмъ мужчина. „Я искалъ мудрости, говоритъ Соломонъ, и нашелъ, что женщина, у которой сердце то же, что западня, а руки, что сѣти, болѣе страшна, чѣмъ смерть... Вотъ, что я нашелъ и чего не могъ найти нигдѣ: я нашелъ одного человѣка изъ тысячи, и ни одной женщины изъ всѣхъ“ [2]). Законодатель относится къ израильской женщинѣ не менѣе строго, чѣмъ поэтъ: ея показанія на судѣ не принимаются, какъ недостойныя вѣры [3]); она можетъ обязываться даже по присягѣ и обѣту не иначе какъ съ разрѣшенія своего отца или мужа [4]); первымъ долгомъ и единственнымъ призваніемъ ея пола является—дать по возможности больше дѣтей своему семейству и государству. Богъ сказалъ первымъ людямъ: плодитесь и размножайтесь; Онъ обѣщалъ Аврааму, что потомство его будетъ многочисленнѣе песка морского. Установивъ учрежденія наиболѣе благопріятныя для распространенія своей расы, евреи считали, что они дѣйствовали сообразно божественной волѣ. Кромѣ того, окруженные сильными врагами, они чувствовали необходимость въ своей множественности для того, чтобы стать

---

[1]) Второзаконіе, XXI, 18—21.

[2]) Еклезіастъ, VII, 26—28.—Эссенійцы, говоритъ Іосифъ (De bello jud., кн. II, гл. VIII, п. 2), воздерживаются отъ брака, „увѣренные, что среди женщинъ нельзя найти ни одной, которая была бы способна остаться вѣрной мужу“. „Ср. Премудр., III, 13, 14; V, 1.

[3]) Іосифъ, *Antiq. Jud.*, книга IV, гл. VIII, п. 15: „*Γυναικῶν δὲ μὴ ἔστω μαρτυρία, διὰ κουφότητα καὶ θράσος τοῦ γένους αὐτῶν*“.

[4]) Сынъ же, наоборотъ, можетъ обязываться обѣтомъ или присягою безъ разрѣшенія отца. Книга чиселъ, XXX.

сильнѣйшими [1]). Средства, благодаря которымъ каждое семейство могло обезпечить за собою потомство, намъ ужъ извѣстны: они мало чѣмъ отличаются отъ тѣхъ, съ которыми мы встрѣчались въ законахъ Индіи.

Прежде всего—бракъ; и для того, чтобы онъ былъ болѣе плодотворенъ, Моисеевъ законъ облегчаетъ разводъ и разрѣшаетъ полигамію. Свобода развода не встрѣчаетъ другихъ препятствій, кромѣ обязательства для мужа выдать женѣ *разводный актъ* [2]). Что касается полигаміи, то она разрѣшена въ Іудеѣ въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ гдѣ бы то ни было на Востокѣ Азіи: женатый человѣкъ не только можетъ взять себѣ нѣсколькихъ наложницъ, но онъ можетъ имѣть одновременно и нѣсколькихъ законныхъ женъ [3]); законы Индіи и Китая разрѣшали нѣсколькихъ наложницъ, но не нѣсколькихъ женъ [4]). Одному только царю Моисей запретилъ имѣть большое количество женъ [5]), но примѣръ благочестивѣйшаго изъ израильскихъ царей показываетъ, какъ мало соблюдалось это запрещеніе [6]).

Однако, несмотря на полигамію и легкость развода, бракъ могъ оказаться недостаточнымъ средствомъ для обезпеченія наслѣдниковъ: союзъ могъ оставаться безплоднымъ по волѣ мужа. Въ этихъ случаяхъ, какъ мы видѣли раньше, законодательство Индіи замѣняло слабосильнаго мужа его братомъ или ближайшимъ родственникомъ. Еврейскій законъ не заходитъ такъ далеко; ужасъ евреевъ предъ прелюбодѣяніемъ [7]) не позволяетъ

---

[1]) Малахіи, II, 15. Тацитъ (*Hist.*, V, 5) характеризуетъ евреевъ этими четырьмя словами: „Generandi amor, moriendi contemptus".

[2]) Второзаконіе, XXIV, 1 и слѣд.

[3]) Исходъ, XXI, 7; Второзаконіе, XXI, 15—17. Такъ какъ число женъ не было указано Моисеемъ, то юриспруденція раввиновъ опредѣлила его въ размѣрѣ четырехъ, по примѣру патріарха Іакова (Книга Бытія, XXXII, 22) Мэмонидъ, *Hilchoth Ischoth*, XIV, 4. То же число опредѣляется и Кораномъ, Сюра IV, 3.

[4]) Та-дзингъ-лё-лё, 103 (пер. Сенъ-Круа, т. I, стр. 186); Thomas Strange, *Elements of Hindu law*, т. 1, стр. 451.

[5]) Второзаконіе, XVII, 17.

[6]) Давидъ взялъ себѣ въ жены много женщинъ, помимо тѣхъ, которыхъ оставилъ ему его предшественникъ Саулъ. Кн. I, Самуилъ, XVIII, 27; II, Самуилъ, II, 2; III, 2—6; V, 13—16; XII, 8; XV, 16.

[7]) Провинившуюся женщину казнили съ ея сообщникомъ.

имъ принять такой раздѣлъ супружескихъ правъ. Но если мужъ не могъ при жизни уступить брату своихъ правъ на жену, то онъ передавалъ ихъ ему послѣ своей смерти; вдова вмѣстѣ съ наслѣдствомъ переходила во власть брата, который, вступая, въ свою очередь, въ бракъ съ ней, долженъ былъ дать покойному потомство. Это учрежденіе, называемое *левиратомъ*, связано съ патріархальной организаціей семьи: оно встрѣчается какъ въ глубокой древности, такъ и у современныхъ обитателей пустынь [1]) Женщина, купленная на средства мужа, составляетъ часть его имущества, а послѣ его смерти—и наслѣдства; поэтому наслѣдникъ мужа можетъ располагать вдовой; онъ можетъ также требовать отъ нея дѣтей, такъ какъ она покупалась для того, чтобы дать семейству дѣтей. Левиратъ есть право наслѣдника, но также его обязанность, — обязанность по отношенію ко вдовѣ, для которой онъ дѣлался, какъ представитель ея мужа, законнымъ покровителемъ; обязанность и по отношенію къ покойному, которому онъ долженъ доставить потомство „для того, чтобы его имя не было стерто изъ книги Израиля“ [2]). Если же онъ не исполняетъ этой обязанности и отказывается отъ женитьбы на вдовѣ, то онъ навлекаетъ на себя безчестіе предъ лицомъ всего народа и лишается всѣхъ наслѣдственныхъ правъ: наслѣдство и рука вдовы переходятъ къ болѣе отдаленному родственнику [3]). Такимъ образомъ, это учрежденіе, хотя и установленное въ интересахъ семьи, обращалось въ пользу женщины и остроумно примиряло, по замѣчанію Михаэлиса, естественную склонность молодой вдовы ко второму браку съ ея долгомъ вѣрности къ памяти усопшаго.

Наконецъ, если покойный оставлялъ только дочь, то на нее ложилась обязанность дать отцу потомство, которое помѣшало бы погибнуть его имени. Поэтому, единственная дочь трактовалась почти такъ же, какъ вдова: она составляла, такъ сказать, часть наслѣдства. Никто не могъ получить наслѣдства, не женившись раньше на сиротѣ и не записавъ подъ именемъ покойнаго въ родословныхъ книгахъ перваго ребенка мужского пола, рожденнаго

---

[1]) Книга Бытія, XXXVIII; Лафито, *Нравы дикарей*, т. I, стр. 557.
[2]) Второзаконіе, XXV, 6.
[3]) Ibid., XXV, 7—10.

отъ этого брака. При томъ, сирота не могла предложить своей руки и связаннаго съ нею наслѣдства лицу, которое было бы посторонним семейству покойнаго. Если отецъ оставлялъ по смерти сыновей и дочерей, то наслѣдовали одни сыновья съ обязательствомъ, какъ и по законамъ Индіи, содержать сестеръ и пристроить ихъ [1]).

Таково, въ главныхъ чертахъ, положеніе женщины по законодательству Моисея. Но это законодательство не могло, подобно индусскому, избѣгнуть европейскаго вліянія. Основавшись у воротъ Европы и разсѣявшись впослѣдствіи по всей ея территоріи, еврейскій народъ, несмотря на упорную привязанность къ обычаямъ и вѣрѣ своихъ предковъ, не могъ устоять противъ теченія христіанской цивилизаціи, и его Талмудъ представляетъ намъ разнородную смѣсь болѣе или менѣе искаженныхъ обычаевъ Востока и заимствованныхъ изъ Запада учрежденій. Въ немъ мы, прежде всего, находимъ снова полигамію, [2]) ограниченную, однако, запрещеніемъ, идущимъ отъ времени послѣ возвращенія изъ плѣненія, брать въ жены чужестранокъ. [3]) Бракъ совершается еще въ формѣ покупки, но плата за невѣсту—уже фиктивная, какъ въ римской *coemptio*. [4]) Мужъ сохраняетъ право на разводъ, но юриспруденція старается ограничить это право: еще ранѣе Іисуса Христа, Самаи училъ, что мужъ можетъ развестись съ женою только въ случаѣ прелюбодѣянія послѣдней. [5]) Левиратъ существуетъ еще въ принципѣ, но мало-по-малу выходитъ изъ употребленія, и отреченіе отъ него со стороны родственниковъ невѣсты составляетъ обычное условіе брачныхъ договоровъ [6]).

---

[1]) Книга чиселъ, XXVII, XXXVI. Ср. Михаэлиса, *Mosaisches Recht*. Франкфуртъ, 1770—75 г., т. II, § 78; Майеръ, *die Rechte des Israeliten* и т. д. Лейпцигъ, 1862—66, т. II, § 255, А.

[2]) Маймонидъ, *Hilchoth Ischoth*, XIV, 4. Евреи до XIII столѣтія и въ Европѣ брали себѣ по нѣскольку женъ. Майеръ, *die Rechte der Israeliten*, т. II, § 223.

[3]) Неемія, X, 30. Моисей запрещалъ бракъ лишь съ Хананеянками. Исходъ, XXXIV, 16.

[4]) Mischna, *Kiduschin*, I, 1.

[5]) Mischna, *Gittin*, 90 в. Срав. Малахія, II, 14, 15. Болѣе того, женщина получила право сама требовать развода въ случаѣ прелюбодѣянія со стороны мужа. Маймонидъ, *Hilchoth Ischoth*, I, 4.

[6]) *Ibid.*, *Bechoroth*, 13a; Мейеръ, Rechte d. Israel., т. II, § 254, прим. 11.

Наконецъ, надъ развалинами этихъ восточныхъ учрежденій подымаются совершенно новыя установленія, неизвѣстныя до того на Востокѣ: за женщиной признается приданое, какъ въ римскомъ правѣ; она получаетъ *donatio propter nuptias*, какъ въ правѣ византійскомъ; и тотъ бракъ, при заключеніи котораго не принято мѣръ для обезпеченія независимости и достоинства жены, считается только конкубинатомъ. [1]).

По этимъ немногимъ чертамъ можно видѣть, какой прогрессъ совершенъ законами Талмуда сравнительно съ Пятикнижіемъ. На это различіе часто не обращаютъ вниманія, и болѣе благочестивое, чѣмъ просвѣщенное рвеніе приписываетъ вдохновленному Богомъ законодателю всѣ улучшенія, которыя были лишь впослѣдствіи привнесены въ его твореніе раввинами. Я старался представить законодательство Моисея такъ, какъ оно есть, не скрывая его пятенъ. Истина остается истиной, а религіозной истинѣ нѣчего страшиться истины исторической. Если законы Моисея не были совершенны, то они могли быть только въ этомъ видѣ усвоены лучше всего грубымъ народомъ и грубымъ вѣкомъ; и если теперь законодателемъ руководятъ болѣе благородные и болѣе чистые принципы, то не забудемъ, что возвѣстителемъ этихъ принциповъ міру былъ тотъ самый Мессія, пришествіе котораго было обѣщано евреямъ Моисеемъ и пророками.

---

* Послѣ 1867 года знакомство съ индусскимъ правомъ въ Европѣ сдѣлало значительные успѣхи. Жидъ могъ справляться, въ качествѣ оригинальныхъ источниковъ, лишь съ законодательствомъ Ману, переведеннымъ на французскій языкъ Луазелеромъ-де-Лоншанъ, съ кодексомъ Іанавалкія, переведеннымъ на нѣмецкій языкъ Штенцлеромъ, и съ дигестами Іаганната, переведенными на англійскій языкъ Кольбрукомъ. Съ тѣхъ поръ переведены съ санскрита па англійскій языкъ Институціи Апастамба, Готама, Вâзиста, Бодайана [2]), Вишну [3]) и Нâрада [4]), и у насъ теперь „цѣ-

[1]) *Ibid., Ketuboth*, 5.

[2]) *The sacred laws of the Aryas, as taught in the schools of Apastamba Gautama, Vâsistha and Baudhâyana, translated by Georg Bühler*, въ коллекціи *Sacred books of the East*, т. II и XIV, Оксфордъ, 1879—1882 г.

[3]) *The institutes of Vishnu, translated by Julius Jolly*, въ *Sacred books of the East*, томъ VII, Оксфордъ, 1880.

[4]) *The institutes of Nârada*, translated for the first time from the unpublished sanskrit original by D-r Julius Jolly. Лондонъ, 1876.

лая серія браминскихъ книгъ, дающихъ возможность прослѣдить за развитіемъ науки права въ теченіе почти двухтысячелѣтняго періода развитія, котораго центральнымъ пунктомъ служитъ христіанская эра" [1]). Благодаря этому, въ послѣдніе годы вышли въ свѣтъ очень важныя изслѣдованія по индусскому праву—несравненно болѣе точныя, чѣмъ тѣ, какія могли быть набросаны до этого времени. Нѣкоторыми изъ этихъ изслѣдованій мы обязаны авторамъ, которые могли черпать непосредственно изъ санскритскихъ текстовъ.

Между трудами, касающимся индусскаго права въ цѣломъ, мы отмѣтимъ: Дареста [2]), *„Древніе браминскіе кодексы* (*Les anciens Codes brahmaniques)*; Джолли (J. Jolly), Систематика индусскаго права (*Ueber die systematik des indischen Rechts*) [3]); того же автора, *Die juristischen Abschnitte aus dem Gesetzbuch des Manu* [4]). — Между сочиненіями, посвященными семейному праву вообще и правамъ женщины въ частности, мы упомянемъ Hearn, *The Aryan Household, its structure and developpement, an introduction to comparative jurisprudence*, 1876;—Banerjee, *The law of marriage and stridhan, Calcutta*, 1879; Jolly, *Rechtliche Stellung der Frauen bei den alten Indern* [5]); его же, *On the legal position of women in ancient India* [6]); Kohler, *Indische Ehe-und-Familienrecht* [7]). Коолеръ цитируетъ книгу Жида и оспариваетъ въ нѣкоторыхъ пунктахъ его взгляды. Онъ упрекаетъ Жида въ томъ, что этотъ послѣдній преувеличиваетъ вліяніе пантеизма на индусское право и недостаточно различаетъ въ своемъ изложеніи разныя эпохи. Коолеръ утверждаетъ, что съ раннихъ поръ въ Индіи женщина, даже замужняя, признавалась способной къ вступленію въ обязательства и явкѣ на судъ, [8]) что въ бракѣ

[1]) R. Dareste: *Les anciens Codes brahmaniques*, стр. 2.

[2]) *Journal des Savants*, январь—февраль 1884.

[3]) *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, томъ I, стр. 234.

[4]) *Ibid*, т. III и IV

[5]) *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie, phil.-histor. Klasse*, 1876.

[6]) *Journal of national indian Association*. 1876 г., стр. 359.

[7]) *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, т. III.

[8]) *Op cit.*, стр. 391. Онъ цитируетъ въ этомъ смыслѣ: Катіаяна въ Дигестахъ Іаганата. I, 1, nº 211, и Іанавалкіа, II, 49. Текстъ изъ Іанавалкіа не вполнѣ ясенъ. Вотъ онъ, въ переводѣ Штенцлера, стр. 53: Eine *von dem manne* anerkannte schuld ist von der Frau zu bezahlen, oder eine

за ней утверждалось мало-по-малу отдѣльное и собственное имущество путемъ, аналогичнымъ съ тѣмъ, который привелъ къ признанію и за *filius familias* въ Римѣ различныхъ видовъ peculium и bona adventitia; только право распоряженія этимъ имуществомъ женою парализовалось часто конкуррирующимъ съ нимъ правомъ мужа.

Среди древнихъ законодательствъ Востока, изучаемыхъ Жидомъ, мы не видимъ права Египта. Это опять новая область, открытая недавно для науки. Обнародованіе и переводъ греческихъ папирусовъ и народныхъ египетскихъ памятниковъ доставили намъ обширныя свѣдѣнія по юридическому обороту древняго Египта, и теперь мало-по-малу вырисовывается египетское право, хотя и полное еще неопредѣленности [1]), Здѣсь кромѣ важныхъ изслѣдованій, напечатанныхъ Ревиллью въ *Revue égyptienne* [2]) можно указать еще на Дареста, [3]): *Греко-египетскіе папирусы* и Жиро-Телона: *Происхожденіе брака и семьи* гл. XI. Въ Египтѣ древнее материнское право оставило, кажется, глубокіе слѣды; и, дѣйствительно, въ томъ чисто договорномъ режимѣ, въ который заключали здѣсь бракъ, какъ въ его личныхъ, такъ и въ имущественныхъ отношеніяхъ, мы находимъ „полную свободу или, вѣрнѣе, господство женщины въ домѣ,—то господство, которое греки съ трудомъ могли понять и которое поражало ихъ удивленіемъ“ [4]).

А. Е.

---

welche von ihr mit dem Manne gemacht ist, oder eine welche von ihr selbst gemacht ist. Eine andere braucht die Frau nicht zu bezahlen“. Хотя слова „*von dem manne*“ и добавлены переводчикомъ, но все же изъ этого текста, какъ будто, слѣдуетъ, что одно согласіе мужа можетъ придать законность обязательству, заключенному женой.

[1]) Ревиллью читалъ уже въ Луврской школѣ курсъ по египетскому праву, изъ котораго лекція о правѣ наслѣдованія была напечатана въ *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 1883, стр. 848.

[2]) Издается съ 1880 г. г: Бругшъ, Шаба и Ревиллью.

[3]) Journal des Savants, мартъ 1883.

[4]) Дарестъ, op. cit. (въ отдѣльномъ оттискѣ стр. 2).

ГЛАВА III.

Г р е ц і я.

I.

Сосѣдняя съ Азіей Греція связана съ нею общностью многихъ идей, и вотъ на эти-то аналогіи прежде всего мнѣ хочется указать.

Въ греческихъ республикахъ, можетъ быть, еще въ большей степени, чѣмъ на Востокѣ, государство поглощаетъ семью, публичное право—право гражданское. Коммунистическій принципъ, провозглашенный Платономъ и почти осуществленный Ликургомъ, сквозитъ въ болѣе или менѣе скрытыхъ формахъ во всемъ строѣ древнихъ эллиновъ, тогда какъ право индивидума нигдѣ не выступаетъ у нихъ съ такой опредѣленностью, какъ въ Римѣ или въ новой Европѣ. Слова *собственность*, *dominium*, не находятъ равнозначащихъ въ греческомъ языкѣ; искъ о собственности, виндикація, не имѣетъ ничего соотвѣтствующаго себѣ въ аѳинскомъ процессѣ[1]). Греческіе города содержали на свой счетъ бѣдныхъ гражданъ, а богатые отдавали весь излишекъ своего богатства на общественныя нужды[2]) Если аѳинскій гражданинъ терпѣлъ нападеніе на свою личность или свое имущество, то каждый могъ требовать на судѣ, возстановленія справедливости: „Всѣ граждане, говорилъ Солонъ, члены одного тѣла, и если затронутъ одинъ изъ нихъ, это чувствуютъ всѣ“[3]). Если отецъ семейства по слабости или старости дѣлался неспособнымъ управлять своимъ имуществомъ, то всякій гражданинъ былъ въ правѣ явиться въ судъ и потребовать наложенія опеки на неспособнаго[4]). Семья,

---

[1]) *Ἐξαγωγῆς δίκη*, замѣнявшее виндикацію, предполагало, по крайней мѣрѣ, въ формѣ фикціи, насильственный захватъ, т.-е. извѣстный родъ нарушенія общественнаго порядка.

[2]) Harpocration, Suidas, *Ἀδύνατον*; Аристотель, *Политика*, кн. V, гл. IV (V), п. 3.

[3]) Плутархъ, *Солонъ*, XVIII, 6: „*Καὶ γάρ πληγέντος ἑτέρου καὶ βλαβέντος καὶ βιασθέντος, ἐξῆν τῷ δυναμένῳ καὶ βουλομένῳ γράφεσθαι τὸν ἀδικοῦντα, καὶ διώκειν· ὀρθῶς ἐθίζοντος τοῦ νομοθέτου τοὺς πολίτας ὥσπερ ἑνὸς μέρους συναισθάνεσθαι καὶ συναλγεῖν ἀλλήλοις*“.

[4]) *Παρανοίας γραφή*. Платонъ, *Leg.*, XI (изд. Дидо, т. II, стр. 473); Lexica Seguier (*ap.* Bekker, *Anecdota*, Берл., 1821, т. I, стр. 199, 310).

какъ и имущество, подчинялась этому активному надзору всѣхъ надъ каждымъ: всякое частное лицо обязано было отчетностью передъ государствомъ въ управленіи не только своимъ имуществомъ, но и домомъ. „Во времена вашихъ предковъ, говорилъ Демосѳенъ аѳинянамъ, сыновья и дочери принадлежали не только своимъ отцамъ и матерямъ, но прежде всего своей родинѣ" [1]). Такъ, если глава семейства злоупотреблялъ своей властью и дурно обращался съ дочерью, сыномъ, женою, подъопекаемой, то всякій гражданинъ могъ выступить въ ихъ защиту и заставить выслушать себя въ уголовномъ судѣ [2]). Но защиту этихъ лицъ брала на себя и общественная власть: Солонъ поставилъ женщинъ и несовершеннолѣтнихъ подъ спеціальную охрану архонта. И въ самомъ дѣлѣ въ законахъ Солона семейная организація тѣсно связана съ политической: государство въ томъ видѣ, какъ оно было имъ раздѣлено, представляло собой не что иное, какъ конгломератъ семействъ, сгруппированныхъ по *фратріямъ* и племенамъ; интересъ соціальнаго цѣлаго требовалъ поэтому сохраненія каждаго семейства, и чтобы лучше обезпечить его цѣлость, демократическіе Аѳины подчинились учрежденіямъ, которыя можно было бы счесть заимствованными изъ законодательствъ Моисея или Ману [3]).

Таково сходство между Греціей и Востокомъ; укажу теперь на различія и контрасты.

Безъ сомнѣнія, государство въ Греціи почти такъ же всемогуще, какъ и въ Азіи; но это государство уже не абсолютный деспотъ, а суверенный народъ. Къ нему сводятся всѣ власти: народное собраніе является единственнымъ законодателемъ и единственнымъ высшимъ судилищемъ. Отправленіе правосудія не составляетъ уже монополіи священной коллегіи левитовъ или браминовъ; рѣшеніе всѣхъ дѣлъ, какъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ, принадлежитъ въ аѳинской демократіи массѣ, присяжнымъ, избираемымъ по жребію и безразлично изъ всѣхъ классовъ

---

[1]) Демосѳенъ, *Coron.*, 205; Аристотель, *Polit.*, VIII, 1: „*Ἅμα δὲ οὐδὲ χρὴ νομίζειν αὐτὸν αὑτοῦ τινὰ εἶναι τῶν πολιτῶν, ἀλλὰ πάντας τῆς πόλεως. μόριον γὰρ ἕκαστος τῆς πόλεως· ἡ δ᾽ ἐπιμέλεια πέφυκεν ἑκάστου μορίου βλέπειν πρὸς τὴν τοῦ ὅλου ἐπιμέλειαν*".

[2]) *Κακώσεως δίκη*. Демосѳенъ. *Macartat.*, 54.

[3]) См. ниже, стр. 73 и слѣд.

общества [1]). Въ такомъ судѣ краснорѣчіе беретъ верхъ надъ разсужденіемъ, справедливость надъ закономъ, и Демосѳенъ или Лизій склоняютъ на свою сторону толпу не доводами юридическаго характера: они взываютъ къ ея страстямъ, молятъ ее, заинтересовываютъ въ добродѣтеляхъ или несчастіяхъ своихъ кліентовъ [2]). Юриспруденція не прикована уже, какъ на Востокѣ, къ неподвижной религіи; она не стѣснена и, какъ въ Римѣ, консервативнымъ формализмомъ; свободная и всегда подвижная, она служитъ живымъ воплощеніемъ нравовъ, чувствъ и душевныхъ движеній народа, склоннаго болѣе, чѣмъ какой-либо другой, къ прогрессу и новизнѣ. Вотъ почему и слово *право* не выражаетъ у этого народа, какъ у римлянъ, идеи связыванія и принужденія [3]); оно является скорѣе синонимомъ обычнаго, условнаго, справедливаго [4]). Справедливость, которую греческая поэзія олицетворяетъ въ образѣ женщины, сидящей у трона Юпитера, своего отца, и взвѣшивающей на чашѣ вѣсовъ дѣйствія людей и боговъ, [5]) спускается говоритъ Платонъ, [6]) къ людямъ и, соединяя ихъ взаимными обязанностями, залогомъ любви и согласія, создаетъ законы и государство.

Исходя изъ этихъ широкихъ и плодотворныхъ идей, греческое право въ своемъ свободномъ развитіи представляетъ тотъ характеръ счастливой и ясной гармоніи, который отличаетъ всѣ

---

[1]) По крайней мѣрѣ, со времени Перикла, Гротъ, *History of Greece*, т. V, часть II, гл. XLVI.

[2]) Лизій, с. *Alcibiad.*, 1, 16 и слѣд.; с. *Nicomach.*, 31 и слѣд.; Демосѳенъ, с. *Onetor.*, 1, 32; Аристофанъ, *Plutus*, v. 383. Точно также Изэй (*de Ciron. hered.* 44—46) и Демосѳенъ (*Olympiod.*, 53 и слѣд.) ведя дѣло о наслѣдствѣ, стараются доказать, что ихъ противникъ развратникъ и прелюбодѣй.

[3]) *Ius*, *ζυγόν*, *jugum*. * Для вѣрной этимологіи слова jus см. Мишель Бреаль, о происхожденіи словъ, означающихъ понятія права и закона въ латинскомъ языкѣ. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, т. VII, стр. 603.

[4]) *Δίκη* имѣетъ на языкѣ Гомера смыслъ обычая (Одиссея, IV, ст. 691; XIV, ст. 59; XVIII, ст. 275; XXIV, ст. 255) и въ то же время справедливости. Гезіодъ. *Opera*, ст. 275 и слѣд.

[5]) Теогонія, приписываемая Гезіоду, ст. 902.

[6]) „*Ἠδίκουν ἀλλήλους ἅτ' οὐκ ἔχοντες τὴν πολιτικὴν τέχνην... Ζεὺς οὖν δείσας... πέμπει εἰς ἀνθρώπους αἰδῶ τε καὶ δίκην, ἵν' εἶεν πόλεων κόσμοι τε καὶ δεσμοὶ, φιλίας συναγωγοί*“. Платонъ, Protagoras, 13 (изд. Дидо, т. I, стр. 242).

произведенія эллинскаго генія. Вездѣ въ греческихъ законахъ понятіе обязанности премируетъ надъ понятіемъ права; вездѣ права и привиллегіи предоставлены слабымъ, а обязанности и повинности возложены на сильныхъ. Никогда, по крайней мѣрѣ, со времени Солона, Аѳины не знали того домашняго деспотизма, который такъ угнеталъ римскую семью; вмѣсто *patria potestas*, аттическій законъ устанавливалъ между отцомъ и сыномъ равновѣсіе взаимныхъ обязанностей, вытекающихъ изъ обоюдной любви и побуждащихъ сильнѣйшаго заботиться всегда о слабѣйшемъ; такъ, отецъ заботится о сынѣ, не вышедшемъ изъ дѣтскаго возраста[1]), сынъ о родителяхъ, впавшихъ въ дряхлость[2]), и если отецъ не сдѣлалъ ничего для воспитанія сыновей во время ихъ дѣтства, то и онъ не въ правѣ требовать отъ нихъ чего бы то ни было въ своей старости[3]). Болѣе либеральные, чѣмъ ни только римляне, но и многіе новые народы, аѳиняне никогда не допускали, за исключеніемъ торговыхъ дѣлъ, того, чтобы кредиторъ могъ заточить несостоятельнаго должника[4]). Наконецъ, во всѣхъ актахъ гражданской жизни, воля сторонъ, стѣсненнаа какъ въ Римѣ, такъ и на Востокѣ, цѣпями утонченнаго и, въ то же время, грубаго формализма, свободна здѣсь отъ всякихъ узъ: въ договорахъ, какъ и въ распоряженіяхъ послѣдней воли, въ усыновленіи, какъ и въ бракѣ[5]), греческій законодатель смотритъ не на матеріаль-

---

[1]) Власть родителей надъ сыномъ уменьшается по мѣрѣ того какъ онъ растетъ, и уничтожается съ достиженіемъ имъ совершеннолѣтія. Діонисій Галикар., II, 26.

[2]) Эсхинъ, c. *Timarch.*, 28.—Если отецъ, ослабленный старостью, впадаетъ въ дѣтство, онъ ставится архонтомъ подъ опеку собственнаго сына. Ксенофонъ, *Apomnem. Socr.*, книга I, глава II, п. 49.

[3]) Витрувій, *Praefat.*, 6: „Athenienses ideo oportet laudari, quod omnium Graecorum leges cogunt parentes ali a liberis, Atheniensium non omnes nisi eos qui liberos artibus erudissent".

[4]) Демосѳенъ, c. *Midi.*, 176—179. Личное задержаніе примѣнялось лишь въ случаѣ торговыхъ долговъ или долговъ государству Id., c. *Apatur.*, 1; c. *Androt.*, 56. * Ср. съ этимъ Коолера: *Shakespeare vor dem Forum der jurisprudenz,* 1883, стр. 12, 13.

[5]) Бракъ сопровождался по обычаю религіозными церемоніями, очень аналогичными съ церемоніями Индіи и Рима (Россбахъ, *Die roem. Ehe*, n°223 и слѣд.); но эти церемоніи не были необходимы для дѣйствительности брака, въ противоположность тому, что имѣло мѣсто какъ въ древ-

ные акты и внѣшнія формы, а на намѣренія сторонъ; истинный источникъ обязательствъ и правъ, это,—въ его глазахъ, свободная воля человѣка [1]).

Таковъ общій характеръ греческаго права,—права великодушнаго, возвышеннаго, идеалистическаго и вполнѣ достойнаго того народа, который произвелъ, вмѣстѣ съ Сократомъ, самую благородную философію, какая проповѣдывалась когда-либо людямъ. До этого чистаго спиритуализма, къ которому римское право и новыя законодательства пришли лишь послѣ длиннаго ряда вѣковъ, прошедшихъ въ усиліяхъ и въ борьбѣ, эллинскій народъ поднялся сразу и, какъ бы, однимъ порывомъ своего генія. Въ законодательствѣ, какъ и во всѣхъ областяхъ науки и искусства, Греція эманципировала человѣческій духъ и пробила пути прогресса.

Въ результатѣ греческіе города представляются намъ съ двойственнымъ характеромъ: государство старается въ нихъ какъ и въ восточныхъ деспотіяхъ, захватить въ свои руки все, но оно такъ же либерально, какъ и въ какой бы то ни было изъ новыхъ демократій. Посмотримъ теперь, какое вліяніе оказали эти двѣ противоположныя черты публичнаго права древней Греціи на положеніе женщины въ гражданскомъ правѣ.

Въ обществѣ, гдѣ государство все захватило и все поглотило въ себя, гдѣ семья и частные интересы не имѣютъ большого значенія, вліяніе женщины и ея дѣятельность должны быть уже поэтому ничтожны или, во всякомъ случаѣ, очень урѣзаны. Что ей дѣлать за предѣлами частной жизни? Какія услуги можетъ оказать она государству? Пусть она рождаетъ дѣтей—и роль ея исполнена. Такова, какъ мы видѣли, судьба женщины на Востокѣ. Однѣ и тѣ же причины привели и въ Греціи къ тѣмъ же послѣдствіямъ.

Въ этихъ маленькихъ греческихъ общинахъ, гдѣ всѣ общественныя и частныя дѣла обсуждались предъ всѣмъ народомъ, гражданинъ проводилъ всю свою жизнь на площади. Становясь поочередно судьей, адвокатомъ, публичнымъ обвинителемъ [2]), за-

вемъ Римѣ, такъ и въ Индіи: гражданскія отношенія стояли здѣсь совсѣмъ особо отъ отношеній религіозныхъ.

[1]) Платонъ, *Criton*, 14; Демосѳенъ, с. *Stephan.*, II. 14; *infrà*, стр. 90.

[2]) У грековъ не было ни присяжныхъ адвокатовъ, ни государственныхъ прокуроровъ; всякій долженъ былъ самъ вести свое дѣло и могъ преслѣдовать преступника отъ имени государства.

конодателемъ, администраторомъ и воиномъ, онъ оставлялъ заботу о земледѣліи и всякой техникѣ [1]) на рабовъ и, если прерывалъ свою публичную дѣятельность, то только для общественныхъ игръ, чтеній и спектаклей. Даже обѣды были общіе во многихъ городахъ Греціи [2]), и отецъ семейства возвращался въ свой домъ, всегда небольшой и скромный, будь то домъ даже стратега или архонта [3]) лишь для ночного покоя.

Если мужчина жилъ всегда внѣ своего дома, то женщина, на оборотъ, никогда не выходила изъ него. Для нея не было ни спектаклей, ни чтеній, ни общественныхъ обѣдовъ; она не допускалась даже къ семейному столу, если за нимъ сидѣлъ какой-либо гость [4]). Печально уединенная въ своемъ гинекеѣ, куда могли проникнуть лишь самые близкіе родственники, она показывалась внѣ дома только въ рѣдкихъ и опредѣленныхъ закономъ случаяхъ [5]). Такимъ образомъ исчезало общеніе между полами, семейная жизнь глохла, и бракъ, не представляя болѣе ничего привлекательнаго, дѣлался въ глазахъ грековъ ненавистнымъ долгомъ, навязываемымъ каждому гражданину въ интересахъ государства. „У насъ нѣтъ естественной склонности къ браку,—говоритъ Платонъ, въ своемъ „Пирѣ“,—нужны законы, чтобы принудить насъ къ нему“ [6]) И дѣйствительно, уголовные законы со временъ Солона наказывали холостяковъ и открывали противъ нихъ публичные иски [7]).

---

[1]) Ксенофонъ, *Econom*, IV, 2; Аристотель, *Polit*, кн. II, глава IV (VII), п. 13; кн. III, глава III (V).

[2]) *Συσσιτία* или общія трапезы были въ обычаѣ не только въ Спартѣ но и въ Мегарѣ, въ Коринѳѣ (до Періандра), въ Каріи, въ Критѣ, въ Великой Греціи и т. д. Аристотель, *Polit.*, кн. V, гл. IX, п 2; Геродотъ I 146; Платонъ, *Leg.*, I; Діодоръ, V. 9; Атеней, IV, 22.

[3]) Демосѳенъ, *Olynth.*, III, 26.

[4]) Изей, *De Pyrrhi her.*, 14; Аристофанъ, *Tesmophor.*, ст. 790 и слѣд. Ср. Van Stegeren, *De conditione domestica feminarum Atheniensium*, Цволь, 1839.

[5]) Плутархъ, *Солонъ*, 21; Лизій, *De caede Eratosth.*, 8 и *passim*.

[6]) Глава XVI (изд. Дидо, т. I, стр. 673. 15). Срав. Антипатеръ, *ap. Stobae, Sermon.*, LXVII, 25: *„Νομίζουσι τὴν πρὸς τῆς γυναικὸς εἴσοδον οἱονεί τινος φρουρᾶς εἰς πόλιν εἰσαγωγήν“*.

[7]) *Γραφὴ ἀγαμίου.* Плутархъ, *De amore prolis*, 2; Страбонъ, книга X, глава IV, п. 20; Полуксъ, *Onomast.*, III, 48; VIII, 40. Этотъ пунктъ, впрочемъ, оспаривается. Ср. Оссанъ, *De coelibum apud veteres populos conditione*, комм. I, II, Гиссенъ, 1827—1840.

Какъ отдалились въ теченіи нѣсколькихъ столѣтій современники Солона отъ чистыхъ и простыхъ нравовъ, изображенныхъ такъ живо въ гомеровскихъ поэмахъ! Никогда женщина не почиталась въ бо́льшей степени, никогда бракъ не былъ въ такой чести, какъ во времена героевъ, воспѣтыхъ Гомеромъ. „Нѣтъ честнаго и благоразумнаго человѣка,—говорилъ Ахиллъ,—который не былъ бы нѣженъ и полонъ уваженія къ своей женѣ". „Нѣтъ болѣе драгоцѣннаго блага въ этомъ мірѣ,—говорилъ, въ свою очередь, супругъ Пенелопы,—какъ тотъ супружескій союзъ, въ которомъ царитъ согласіе и взаимная любовь". Аретея, жена Алкиноя, раздѣляетъ съ мужемъ всѣ почести и отчасти даже его власть. „Когда она выходитъ въ городъ, весь народъ кланяется ей; мужчины почитаютъ ее, какъ богиню, и подчиняются ея рѣшенію во время своихъ распрей [1]). Вотъ каковы были патріархальные нравы не только героической Греціи, но и всѣхъ первобытныхъ обществъ, которыя оставили въ исторіи или поэзіи слѣды своего прошлаго. Но когда патріархальная жизнь уступила мѣсто демократическому строю городскихъ общинъ, когда мужчина забросилъ свой очагъ ради общественной арены, для женщины началось паденіе, которое изо дня въ день дѣлалось глубже и глубже. Тогда какъ мужчина развивалъ всѣ свои способности въ движеніи общественной жизни, женщина, въ уединеніи и безмолвіи гинекея, была обречена въ теченіе всей своей жизни на косность и невѣжество. Съ самаго дѣтства аѳинянинъ получалъ свободное воспитаніе; достигнувъ зрѣлаго возраста, онъ распредѣлялъ свой день между совѣщаніями въ *агорѣ*, чтеніями и театральными представленіями, философскими разсужденіями и поддержаніемъ непрерывныхъ сношеній съ величайшими геніями, прославившими античный міръ. Что касается женщины, то ей внушали съ дѣтства: „говорить, слушать и видѣть по возможности меньше" [2]); добродѣтели ея сводились „къ попеченію о домѣ, хозяйственнымъ заботамъ, послушанію мужу и родственникамъ" [3]). Молодой дѣвушкѣ, вмѣсто всякихъ знаній, достаточно было умѣнія пѣть и танцовать, для того, чтобы имѣть возможность участвовать въ хорѣ въ тотъ день

[1]) Иліада, IX, ст. 341; Одиссея, VI, ст. 182—185; VII, ст. 69—74.

[2]) Ксенофонъ, *Econom.*, III, 13; VII, 5, 14.

[3]) Платонъ. *Менонъ*, 3: „*Γυναικὸς ἀρετὴν οὐ χαλεπὸν διελθεῖν, ὅτι δεῖ αὐτὴν οἰκίαν εὖ οἰκεῖν, σώζουσαν τε τὰ ἔνδον καὶ κατήκοον οὖσαν τοῦ ἀνδρός*".

религіознаго праздника, въ который она въ первый разъ выйдетъ изъ своего гинекея [1]). Такимъ образомъ, успѣхи цивилизаціи вовсе не были благопріятны для женщины; они обратились, наоборотъ, противъ нея: чѣмъ сильнѣе распространялся свѣтъ, тѣмъ гуще дѣлался надвигавшійся на нее мракъ; чѣмъ болѣе возвышался мужчина, тѣмъ ниже падала женщина.

Существовалъ, однако, классъ женщинъ, свободный отъ домашняго гнета и принимавшій участіе какъ въ занятіяхъ, такъ и въ развлеченіяхъ мужчинъ: то были куртизанки. Классическіе писатели разсказываютъ намъ, что онѣ предавались съ большимъ рвеніемъ высшимъ умственнымъ занятіямъ и равнялись съ мужчинами какъ въ живости ума, такъ и въ широтѣ знаній [2]). Ихъ общество доставляло грекамъ то умственное наслажденіе, которое они такъ любили и котораго не могли найти около своихъ женъ и сестеръ. Поэтому-то аѳинскія куртизанки и сумѣли захватить всецѣло въ свои руки то вліяніе, которымъ пользуются всегда женщины среди умнаго и свободнаго народа. Куртизанка въ исторіи Аѳинъ играетъ ту же роль, которая въ лѣтописяхъ римскаго народа исполняется цѣломудренною матроною. Леена и Таргилія заступаютъ здѣсь мѣсто Корнеліи и Лукреціи; самый добродѣтельный изъ грековъ допускаетъ Аспазію къ своимъ философскимъ бесѣдамъ, устраняя отъ нихъ въ то же время свою жену: эта же жена не можетъ даже слезами убѣдить мужа присутствовать при своихъ послѣднихъ минутахъ.

Но не одно общество куртизанокъ замѣняло грекамъ радости забытаго домашняго очага. Любовь, не имѣющая имени, или, вѣрнѣе, позорный порокъ почитался во всей Греціи, какъ добродѣтель. Доказать это, можно было бы ссылками на всѣхъ греческихъ философовъ, начиная отъ Сократа и кончая Плутархомъ [3]); но мнѣ не хочется приводить тексты и останавливаться на столь непріятномъ предметѣ. Нужно признать къ стыду Греціи, что ея развращенность была такова, что даже римляне, какъ ни выродились

---

[1]) Аристофанъ, *Lysistrata*, ст. 641 и слѣд.

[2]) Атеней, XIII, 46: *Παιδείας ἀντεχόμεναι καὶ τοῖς μαθήμασι χρόνον ἀπομερίζουσαι*".

[3]) Плутархъ, *Солонъ*, 1; *De educat. puer.*, 15; *Eroticus*, 4 и *passim;* Аристотель, *Polit.*, книга II, гл. VII (X) п 4.

впослѣдствіи они сами, ужасались ея [1]); никогда, даже въ самый крайній моментъ паденія, они не доходили до такого извращенія естественныхъ чувствъ; предаваясь такимъ же постыднымъ порокамъ, они не слышали, по крайней мѣрѣ, одобренія и похвалы своихъ философовъ и законодателей.

Можно ли послѣ этого удивляться, что въ самый расцвѣтъ античной цивилизаціи, у самаго вѣжливаго, самаго мягкаго и самаго либеральнаго изъ всѣхъ народовъ, женщина упала, какъ на Востокѣ, на такую низкую ступень, которая сближала ее съ рабомъ и ребенкомъ? Аристотель говоритъ, что есть три класса людей, которые не могутъ дѣйствовать сами за себя и требуютъ того, чтобы ими управляли: это—рабъ, дитя и женщина; и онъ приводитъ въ подтвержденіе этого положенія слѣдующее основаніе: „У раба нѣтъ воли; у ребенка есть воля, но не полная; у женщины она безсильна“[2]). Такимъ образомъ, греки считали женщину лишенной гражданской способности по слабости ея природы. Подчиненная въ теченіе всей своей жизни власти опекуна, выступавшаго за нее повсюду, она была поставлена въ чисто пассивное положеніе. Даже тотъ актъ, который затрогивалъ болѣе всего ее интересы — выборъ мужа, совершался помимо ея воли: опекунъ распоряжался ея рукою, не справлялись съ тѣмъ, что она объ этомъ думала. Иногда даже самъ законъ назначалъ ей мужа: если кто-либо оставлялъ послѣ себя потомство, состоявшее изъ однѣхъ дочерей, то законъ распоряжался этими дочерьми, какъ предметомъ наслѣдованія, и предоставлялъ ихъ, вмѣстѣ съ наслѣдственнымъ имуществомъ, ближайшимъ родственникамъ, которые должны были вступить съ ними въ бракъ и тѣмъ обезпечить за покойнымъ потомство. Законы Солона здѣсь во всемъ анало-

---

[1]) Корнелій Непотъ, *Praefat.*: „Laudi in Graecia ducitur adolescentulis quam plurimos habere amatores... Quae omnia apud nos partim infamia, partim humilia atque ab honestate remota ponuntur“.—Ciceron, *De Republ.*, IV, 5: „Opprobrio fuisse adolescentibus si amatores non haberent“.

[2]) *Polit.*, 1, 5 (13) „*Ὁ μὲν γάρ δοῦλος οὐκ ἔχει τὸ βουλευτικόν, τὸ δὲ θῆλυ ἔχει μὲν, ἀλλ᾽ἄκυρον, ὁ δὲ παῖς ἔχει μὲν, ἀλλ᾽ἀτελές.*“. Срав. *Ethic. Nicom.*, VII, 10.—По Платону (*Тимей* изд. Дидо, т. II, стр. 249), мужчины, которые въ теченіе своей жизни, выказали себя низкими или несправедливыми, возродятся ко второму существованію въ образѣ женщины; другіе, еще болѣе виновные, возродятся подъ видомъ различныхъ животныхъ.

гичны, я могъ бы даже сказать, тождественны съ законодательствомъ Моисея и Ману [1]).

Поостережемся, однако, отождествлять гинекей съ гаремомъ и судьбу женщины въ Греціи съ судьбою ея въ Индіи или у евреевъ. Позволивъ себѣ такое отождествленіе, мы показали бы непониманіе характера грековъ, столь великодушнаго и, можно сказать, даже нѣжнаго [2]). Греки обращались легко и съ рабами [3]), а если женщинъ окружали строгимъ надзоромъ, то дѣлали это не съ мрачнымъ недовѣріемъ восточныхъ деспотовъ, а съ тѣмъ чувствомъ заботливости, которое возбуждаетъ къ себѣ ребенокъ, неспособный самъ пещись о себѣ. Гражданская неспособность женщины была установлена въ ея собственномъ интересѣ и составляла привиллегію, подобную той, которой пользуются у насъ малолѣтніе. Не уничтожая личности, какъ то было на Востокѣ, неправоспобность греческой женщины скорѣе освящала личность, охраняя отъ нарушенія неприкосновенность ея правъ. Жена, дочь или вдова, она стояла всегда подъ чьей-либо властью; но законъ обезпечивалъ за нею, въ то же время, и личность, и имущество. Въ качествѣ дочери, она имѣла въ лицѣ своего отца не всесильнаго господина, а отвѣтственнаго опекуна, обязаннаго отчетностью. Когда она вступала въ бракъ, мужъ дѣлался для нея тѣмъ же, чѣмъ былъ до замужества ея отецъ — отвѣтственнымъ защитникомъ ея личности, обязаннымъ къ отчетности по управленію ея имуществомъ. Болѣе того, независимость ея обезпечивалась здѣсь двумя новыми учрежденіями, ставшими непоколебимымъ основаніемъ гражданской свободы въ семьѣ: моногаміей и приданымъ. Наконецъ, дѣлаясь вдовою, она не прикрѣплялась, какъ въ Азіи, къ семьѣ своего мужа, а возвращалась въ свою собственную семью, гдѣ находила снова ту же покровительственную опеку, которая служила ей и до замужества. Во всемъ этомъ нельзя не замѣтить того духа свободы, который оживлялъ всѣ учрежденія древней Греціи, какъ семейныя, такъ и государ-

---

1) См. выше, стр. 57.

2) „*Ἀγαθοὶ δ᾽ ἀριδάκρυες ἄνδρες*“. *Paraemiographes*, Геттингенъ, 1839—51, т. I, стр. 4; т. II. стр. 3, 136.

3) Аристотель, *Polit.*, кн. I, гл. V (XII) п. 11; Плавтъ. *Stich.*, A. III. Сц. I, ст. 37: „Atque id ne vos miremini, homines servulos—Potare, amare, atque ad coenam condicere:—Licet hoc Athenis nobis“.

ственныя; если демократическіе нравы оторвали гражданина отъ частной жизни и уединили, обособили и уронили женщину, то они же распространили на нее и благодѣянія свободы.

Мы лучше убѣдимся въ этомъ при ближайшемъ разсмотрѣніи, и, притомъ, съ чисто юридической точки зрѣнія, тѣхъ учрежденій, которыя, какъ напримѣръ приданое, моногамія и постоянная опека надъ женщиной, затрогивались до сихъ поръ лишь въ общихъ чертахъ. Но, переходя къ подробностямъ, намъ пришлось бы поневолѣ съузить рамки нашего изслѣдованія, такъ какъ набросанные общіе штрихи обнимаютъ болѣе или менѣе всю Грецію, тогда какъ подробности разнообразятся по различнымъ эллинскимъ народностямъ. Напр., въ то время, какъ іоническое племя, открытое, благодаря подвижности своего генія и торговымъ сношеніямъ, всѣмъ внѣшнимъ вліяніямъ, заимствовало многое изъ нравовъ и идей Востока, дорійцы и эолійцы, наоборотъ, оставались вѣрными обычаямъ и нравамъ старины; женщина у нихъ была всегда почитаемой матроной, *despoena*[1]), героической и патріархальной эпохи. Изучая, однако, Грецію въ ея отношеніяхъ къ другимъ народамъ, въ ея вліяніи на весь остальной міръ, мы можемъ свести ее къ однимъ Аѳинамъ, этому маленькому городу въ 60—80 тысячъ жителей, который такъ же возвышался надъ всѣми другими городами міра, какъ эти послѣдніе надъ деревнями[2]). Поэтому-то я ограничиваю свое изслѣдованіе однимъ аттическимъ правомъ и, подобно тому, какъ въ греческомъ правѣ вообще, мною было отмѣчено два вліянія и, какъ бы, два противоположныхъ теченія, такъ же точно я раздѣлю на два класса всѣ опредѣленія аттическаго права, касающіяся женщины: во 1) опредѣленія, ограничивающія ея правоспособность; во 2) опредѣленія, покровительствующія женщинѣ и гарантирующія ея права[3]).

[1]) „*Γυναῖκας... δεσποίνας προσηγόρευον*“, говоритъ Плутархъ по поводу спартанцевъ. *Ликургъ*, XIV, 2. Спарта своимъ геніемъ и своими нравами приближается, быть можетъ, скорѣе къ Риму, чѣмъ къ Аѳинамъ.

[2]) Дицеархъ. 1, 5. (Дидо, *Georgraphi min.*, т. I, стр. 99).

[3]) См. объ аѳинскомъ правѣ: Лаллie, (Lallier), *De la condition de la femme dans la famille athénienne du V au IV siècle*, 1875; Келемеръ (Caillemer) *Le droit de succesion légitime á Athènes*; Дарестъ *Les plaidoyers civils de Demosthène*.

II.

Публичное право Аѳинъ держало женщину въ строгомъ подчиненіи. Оно точно опредѣляло даже тѣ случаи, когда ей разрѣшалось выходить изъ дома, указывало и на наряды и украшенія, которые она могла носить. Особымъ магистратамъ поручался надзоръ за нею и имъ вмѣнялось въ обязанность наблюдать за исполненіемъ этихъ законовъ [1]).

Сверхъ того, на женщину обрушивались гражданскіе законы и обрекали ее, такъ сказать, на вѣчное малолѣтство. Тѣ дѣйствія, которыя не дозволялись мужчинѣ до достиженія имъ 18-лѣтняго возраста [2]), запрещались женщинѣ на всю жизнь. Къ этимъ дѣйствіямъ относились: всякаго рода договоры (акты отчужденія или пріобрѣтенія, обязательства или права требованія), цѣнность которыхъ превышала одинъ медимнъ [3]); далѣе—веденіе какихъ бы то ни было процессовъ, независимо отъ ихъ суммы [4]). Вслѣдствіе неспособности женщины къ совершенію всѣхъ этихъ дѣйствій, законъ ставилъ ее подъ власть опекуна, который дѣйствовалъ за нее. Такимъ законнымъ опекуномъ былъ: 1) ея отецъ, 2) ея мужъ, 3) законный или назначенный завѣщаніемъ отца, а иногда и мужа—наслѣдникъ, 4) въ случаѣ отсутствія всѣхъ этихъ лицъ, обязанности опеки ложились на само государство, въ лицѣ его публичныхъ органовъ.

То, что нужно прежде всего отмѣтить въ этой опекѣ надъ женщиною, это—то, что, кѣмъ бы она ни отправлялась, отцомъ, мужемъ или инымъ лицомъ, опека оставалась всегда одной и той же, какъ

---

[1]) *Γυναικονόμοι, Γυναικοκόσμοι.* Плутархъ, *Солонъ*, XXI, 5—7; Полуксъ, VIII, 112; Атеней, VI, 45; Аристотель, *Полит.*, кн. VI, гл. V, п. 13.

[2]) Въ этомъ возрастѣ юноша выходилъ изъ-подъ опеки. Демосѳенъ., c. *Aphob.*, 1, 4 и 6.

[3]) Изей, *de Arist. her.* 10. Медимнъ равнялся половинѣ гектолитра пшеницы, и его цѣна, не превышавшая во времена Солона одной драхмы, позже поднялась до 16 драхмъ. Драхма стоила немного менѣе франка.

[4]) Обвиняемая или отвѣчавшая по гражданскому иску женщина выставляла представителя; такимъ образомъ Периклъ взялъ на себя защиту Аспазіи, а ораторъ Гиперидъ — Фрины; обѣ обвинялись въ неблагочестіи. Плутархъ, *Периклъ*, XXXII, 5; Harpocration, voc. *Εὐθίας*.

по названію: отецъ, мужъ, наслѣдникъ назывались одинаково... *κύρια* т.-е. *господами* [1]), такъ и по власти, которая ею предоставлялась: власть мужа ни чѣмъ не отличалась отъ власти отца или всякого другого опекуна.

Въ чемъ же заключалась эта власть? Во-первыхъ, опекунъ одинъ управлялъ всѣмъ имуществомъ женщины и представлялъ ее какъ по всѣмъ процессамъ, такъ и по договорамъ. Но его власть распространялась отъ имущества и на личность, такъ какъ онъ располагалъ не только имуществомъ, но и рукою подопекаемой, которую могъ отдать замужъ по своему усмотрѣнію. Женщина въ этомъ дѣлѣ играла пассивную роль, будучи скорѣе предметомъ договора, чѣмъ договаривающейся стороной [2]). Да и какъ могъ возникнуть вопросъ о выборѣ мужа или взаимномъ расположеніи супруговъ въ странѣ, гдѣ дѣвушки жили совершенно въ сторонѣ отъ мужчинъ? Бракъ могъ быть лишь денежной сдѣлкой между опекуномъ, отсчитывающимъ приданое, и мужемъ, получающимъ его. Власть опекуна надъ женщиной была правомъ, которымъ онъ располагалъ по произволу: онъ могъ передать его другому при жизни и на случай смерти. Такъ, отецъ уступалъ свои права на дочь, разрѣшая усыновленіе ея другимъ лицомъ, или выдавая ее замужъ [3]); наслѣдники отца, послѣ его смерти, пользовались тѣмъ же правомъ. Но что можетъ показаться болѣе страннымъ, это—то, что и мужъ, въ свою очередь, могъ передать свои права на жену, т.-е. развестись съ нею и отдать ее другому мужу [4]). Наконецъ, какъ мужу, такъ и отцу разрѣшалось на случай смерти завѣщать жену или дочь родственнику или другу, которые наслѣдовали, такимъ образомъ, опеку и могли, въ свою очередь, передать ее кому угодно [5]).

Итакъ, женщина занимала совершенно пассивное положеніе: ею располагали, какъ товаромъ, переходившимъ изъ рукъ въ руки.

---

[1]) Изей, de *Cleonym. her.*, 10: *„Ἐπίτροπον καὶ κύριον."*—То же имя давалось опекуну малолѣтняго. Платонъ, *Leg.*, XI (изд. Дидо, т. II, стр. 472).

[2]) Стобей, LXVIII, 19; LXXIV, 7.

[3]) Изей, *de Hagn. her.*, VIII, 41.—Онъ могъ ее продать, какъ рабыню, если она позволяла обольстить себя. Плутархъ. *Солонъ*, XXIII, 3.

[4]) Демосѳенъ. *pro Phorm.*, 28 и слѣд.: Плутархъ, *Периклъ*, XXIV, 9.

[5]) Демосѳенъ, c. *Aphob.*, 1, 5: *„Ἐκδόσθαι γυναῖκά τινι τῶν φίλων καλὸν καὶ εὐηθές."* Полибій, VII, 6 b.

Да и какую активную роль могла она играть въ обществѣ мужчинъ, вся жизнь которыхъ была посвящена цѣликомъ общественному дѣлу? Какую иную услугу могла она оказать общинѣ, кромѣ той, чтобы сдѣлаться матерью и дать ей новыхъ гражданъ. Къ этой цѣли, повидимому, и направлены всѣ аѳинскіе законы, регулирующіе положеніе женщины. Всѣ они стремятся такъ или иначе обезпечить продолжительность семьи. Съ этой точки зрѣнія я и приступлю къ разсмотрѣнію законовъ Аѳинъ, имѣя въ виду, въ то же время, сопоставленіе ихъ съ аналогичными учрежденіями Индіи и Палестины.

Намъ, съ нашими современными идеями, трудно постичь тотъ интересъ, съ какимъ древніе относились къ продолженію семьи и передачѣ наслѣдства. Теперь наслѣдство представляетъ собою не болѣе, какъ совокупность имуществъ и долговъ, и принятіе его, какъ и отказъ отъ него, а равно и выморочность наслѣдства, задѣваютъ только частные интересы. Не то было въ эпоху, когда гражданское право не порвало еще связи, соединившей его съ публичнымъ правомъ и религіей. Тогда главнѣйшія права и обязанности, связанныя съ наслѣдствомъ, состояли не въ имуществѣ, которое предстояло пріобрѣсти, и не въ долгахъ, которые слѣдовало выплатить. Наслѣдовать покойному значило не только получить имущество, оставшееся безъ хозяина, это значило также занять вполнѣ мѣсто, освободившееся послѣ смерти какъ въ семьѣ, такъ и въ общинѣ; это значило—наслѣдовать имени умершаго, всѣмъ его почестямъ, всей его славѣ, какъ иногда и безславію; это значило, далѣе, принять подъ свою опеку женщинъ и дѣтей, оставленныхъ безъ законнаго покровителя, вступить въ домъ умершаго, продолжать у семейнаго очага отправленіе культа его домашнимъ божествамъ и, наконецъ, приносить ежегодно у его могилы жертвоприношенія тѣнямъ его предковъ [1]). Чтобы расположить въ свою пользу боговъ, греки, какъ и индусы, считали своимъ долгомъ устраивать усопшимъ похоронные пиры [2]), и аѳинское законода-

[1]) Исей, *de Dicaeog. her.*, 47; *de Menecl. her.*, 16; Демосѳенъ c. *Macart.*, 58—68. Это-то, что называли *τὰ δίκαια, νομιζόμενα ποιεῖν*; т. е. *justa facere* римлянъ.

[2]) *Νεκρῶν δεῖπνα*. Гомеръ, Одиссея, XI, ст. 23—50; Эсхилъ, *Choephor.*, ст. 15 и слѣд. Ср. Германнъ. *Lehrb. d. griechischen Antiquitäten*, Гейдельбергъ, 1852—58, т. II § 28, прим. 11, т. III § 39, прим. 52.

тельство, каравшее недостатокъ благочестія [1]), какъ преступленіе, не допускало упущенія столь важнаго религіознаго долга. Поэтому-то архонту и поручалось слѣдить за тѣмъ, „чтобы ни одинъ домъ не приходилъ въ запустѣніе“ [2]), и различныя учрежденія предоставляли каждому всевозможныя средства для обезпеченія за собою потомства.

Первымъ изъ этихъ учрежденій былъ бракъ, который въ Аѳинахъ, какъ и во всемъ древнемъ мірѣ, не имѣлъ другой цѣли, какъ рожденіе дѣтей. Здѣсь, какъ и на Востокѣ, бракъ считался обязательнымъ, и обязательнымъ не только для женщины, исполнявшей въ немъ пассивную роль, но и для мужчины, и для опекуна женщины; иначе, публичный искъ вчинался, какъ противъ холостяковъ, такъ и противъ опекуновъ, медлившихъ выдачей замужъ находившихся подъ ихъ опекой невѣстъ [3]). Какъ законы Востока, такъ и законы Греціи регламентируютъ супружескія отношенія и предписываютъ обоимъ супругамъ тѣсное сожительство: они угрожаютъ уголовнымъ преслѣдованіемъ мужу, пренебрегающему исполненіемъ своихъ супружескихъ обязанностей въ теченіе цѣлаго мѣсяца [4]). Какъ на Востокѣ, наконецъ, брачныя узы ослаблялись и въ Греціи страхомъ безплодныхъ союзовъ: въ этихъ случаяхъ мужъ могъ по желанію не связанный никакими формами, развестись съ женой [5]), которая возвращалась въ домъ своего перваго опекуна, получая назадъ все свое приданое, но оставляя мужу дѣтей. Мужъ могъ также, и не отсылая жены, имѣть наложницу и узаконить дѣтей отъ послѣдней даже въ то время когда бракъ еще продолжался [6]). Если все это и не представляетъ

---

[1]) *Ἀσεβείας γραφή*. См. исторію Сократа.

[2]) Изей, de Apollod. her., 30.

[3]) *Γραφὴ ἀγαμίου, γραφὴ κακώσεως*. См. выше, стр. 36 и ниже стр. 80.

[4]) Плутархъ, *Eroticus*, 23.

[5]) Буквально—*отослать, ἀποπέμπειν*. Разводъ имѣлъ мѣсто обыкновенно при свидѣтеляхъ (Лизій, c. *Alcibiad.*, A, 28), но эта форма не считалась необходимой.

[6]) Это очень спорный пунктъ, по которому мы отсылаемъ читателя къ Изею, *de Philoctem. her.* 22, и Демосѳену, *Boeot. II*, *passim*. Единственнымъ условіемъ этого узаконенія ставилось то, чтобы наложница была аѳинянка: таковъ смыслъ закона, цитируемаго Діогеномъ Лаертскимъ (II, 26): *Γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν, παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας*“. Правда, что другой законъ поражаетъ того, кого называютъ *nothus*, абсолютной не-

собою еще азіатской полигаміи въ полномъ смыслѣ, то это и не чистая и строгая моногамія, санкціонированная въ древнемъ Римѣ и въ современной Европѣ.

На ряду съ бракомъ восточныя законодательства узаконяли, какъ намъ извѣстно, и *левиратъ*, для воспособленія въ случаяхъ надобности физическому безсилію мужа. Ничего подобнаго этому учрежденію мы не находимъ въ греческихъ законахъ. Въ Греціи бракъ не влечетъ за собою для женщины отреченія отъ ея семьи. Права, предоставляемыя бракомъ мужу, суть исключительно личныя права, прекращающіяся съ его смертью, или съ прекращеніемъ брака. Въ этихъ случаяхъ вдова возвращается подъ опеку своихъ естественныхъ родственниковъ[1]), такъ какъ эта опека, никогда не погашается, а лишь временно прерывается бракомъ подопекаемой. Другое учрежденіе, служащее также въ помощь мужу, если заключенные имъ союзы остаются безплодными, это—усыновленіе. Запрещенное въ Греціи тѣмъ, кто имѣлъ уже дѣтей мужского пола, усыновленіе это было, напротивъ, для лицъ, лишенныхъ потомства, единственнымъ средствомъ обезпечить за собою прямыхъ наслѣдниковъ. И, дѣйствительно, въ законодательствѣ, которое считало наслѣдованіе преемствомъ не только въ имуществѣ умершаго, но и въ его имени и во всѣхъ его семейныхъ правахъ, всякое назначеніе наслѣдника принимало необходимо форму усыновленія, и слова—усыновлять и завѣщать—дѣлались синонимами[2]). Замѣтимъ мимоходомъ, что право завѣщанія, выступавшее здѣсь подъ покровомъ усыновленія, было неизвѣстно

правоспособностью: *„Νόθον μηδὲ νόθης εἶναι αγχιστείαν μητὲ ἱερῶν μητὲ οσίων“*. Изей, de Philoctem. her., 47. Но слово *nothus*, которое ошибочно переводятъ словомъ *незаконнорожденный*, означаетъ лишь рожденнаго отъ наложницы-чужестранки (*„νόθος, ὁ ἐκ ξένης καὶ παλλακίδος“*). Евстатій, *ad Iliad.*, IV, 499). Неправоспособность *nothus* зависитъ не отъ того, что онъ незаконнорожденный, но вытекаетъ изъ принципа, который примѣнялся и въ римскомъ законодательствѣ: *„parentem deterioris conditionis sequitur“*.

[1]) Очень сомнительно, чтобы это право естественныхъ родственниковъ могло быть устранено завѣщательнымъ распоряженіемъ мужа относительно опеки или руки его вдовы.

[2]) Слово *ποιητός* принимается какъ въ смыслѣ наслѣдника, такъ и въ смыслѣ пріемнаго сына; слово *ἄπαις* примѣняется и къ тому, кто умеръ безъ завѣщанія, и къ тому, кто умеръ бездѣтнымъ. Слова *διατίθεσθαι* и *εισποιεῖσθαι* синонимы. Полуксъ, III, 21.

восточнымъ законодателямъ[1]) и представляло собою одно изъ самыхъ смѣлыхъ завоеваній гражданской свободы.

Наконецъ, бракъ, не оставаясь безплоднымъ, могъ дать однѣхъ лишь дочерей. Мы уже знаемъ, какъ въ подобныхъ случаяхъ поступали законодательства Ману и Моисея. Не иначе регламентируетъ эти случаи и законодательство Солона: въ рѣчахъ Демосѳена и Изея можно прочесть, какъ бы, комментарій на тексты изъ Второзаконія или *Манава*. Если покойный оставлялъ однѣхъ дочерей, то онѣ не могли наслѣдовать ему въ настоящемъ смыслѣ этого слова, такъ какъ общая неспособность, поражавшая всѣхъ женщинъ, не позволяла имъ занять мѣсто, которое занималъ какъ въ государствѣ, такъ и въ семействѣ покойный [2]). Но если дочь не имѣла возможности сама наслѣдовать, то семья покойнаго могла сохраниться и увѣковѣчиться только благодаря ей, и поэтому архонтъ обязанъ былъ слѣдить за тѣмъ, чтобы сироту выдали замужъ, и чтобы первый ребенокъ мужского пола, котораго она прозведетъ на свѣтъ, получилъ имя покойнаго и былъ водворенъ въ его семьѣ путемъ, какъ бы, посмертнаго усыновленія. Такимъ образомъ, настоящимъ наслѣдникомъ являлся тотъ ребенокъ, который долженъ былъ родиться; для него и сохранялось наслѣдство[3]).

Что же дѣлалось съ наслѣдствомъ въ ожиданіи рожденія наслѣдника? Оно составляло, какъ бы, приданое сироты и принадлежало временно ея мужу: пріобрѣсти въ этомъ случаѣ наслѣдство покойнаго не было возможности иначе, какъ вступленіемъ въ бракъ съ его дочерью и обезпеченіемъ потомства умершаго.

Чтобы получить подобное наслѣдство, надо было сдѣлаться, если можно такъ выразиться, посмертнымъ зятемъ наслѣдователя. Такимъ образомъ, рука сироты разсматривалась, какъ принадлежность наслѣдства, какъ видъ наслѣдственнаго права; ближайшіе кровные родственники могли требовать этой руки и оспаривать ее другъ у друга по иску, не отличавшемуся ни своимъ именемъ,

---

[1]) Гансъ, *das Erbrecht in weltgesch. Entw.*, т. 1, стр. 97, 122, 170 и слѣд.

[2]) Если греческіе законы приписываютъ женщинѣ извѣстныя наслѣдственныя права (она исключается родственниками мужского пола лишь въ равныхъ степеняхъ родства), то мы имѣемъ здѣсь дѣло съ особымъ видомъ наслѣдованія, о которомъ рѣчь будетъ ниже.

[3]) Изей, *de Ciron. her.*, 31.

ни формой отъ иска, которымъ отыскивается наслѣдственное имущество (hereditatis petitio) [1]).

Этотъ видъ наслѣдованія руки дочери умершаго отличался, однако, въ нѣкоторыхъ пунктахъ отъ обыкновеннаго наслѣдованія. Прежде всего, наслѣдство было въ такихъ случаяхъ недѣлимо и доставалось всецѣло тому изъ родственниковъ, которому судъ предоставлялъ сироту; если претендентами выступали при этомъ нѣсколько родственниковъ въ равныхъ степеняхъ родства, то преимущество, по всей вѣроятности, отдавалось старшему, или дѣло рѣшалось по жребію. Затѣмъ, отъ такого наслѣдства нельзя было и отказаться; боковой родственникъ могъ, конечно, не принять наслѣдства, оставшагося послѣ несостоятельнаго должника, но онъ не могъ и оставить на произволъ судьбы сироту, лишенную поддержки и средствъ; законъ поручалъ ему опеку надъ нею, и онъ обязанъ былъ или самъ жениться на сиротѣ, или найти ей мужа, надѣляя ее въ этомъ случаѣ изъ своего имущества приданымъ, въ мѣрѣ своего состоянія. Если онъ не исполнялъ этого долга, налагаемаго общественнымъ порядкомъ, то каждый гражданинъ могъ выступить его обвинителемъ [2]). Когда покойный, оставившій дочь, оставлялъ въ то же время и завѣщаніе, въ которомъ онъ самъ назначалъ или, лучше сказать, *усыновлялъ* наслѣдника, то первымъ долгомъ этого послѣдняго было продолжить родъ завѣщателя, вступивъ въ бракъ съ его дочерью. Если онъ не хотѣлъ этого, то долженъ былъ, во всякомъ случаѣ, озаботиться о выдачѣ ея замужъ, обезпечивъ за нею, въ видѣ приданаго, часть отцовскаго наслѣдства и обязавшись выдать ей и весь остатокъ этого наслѣдства по достиженіи ея сыномъ совершеннолѣтія.

Наконецъ, если не оказывалось на лицо ни наслѣдника по завѣщанію, ни какого бы то ни было родственника мужского пола, то попеченіе о сиротѣ и опека надъ ней составляли обязанность государства; приданое выдавалось изъ общественной казны, и архонтъ долженъ былъ найти ей опекуна или мужа [3]).

---

[1]) *Ἐπιδικασία*; Квалификація *ἐπίδικος* примѣняется какъ къ наслѣдству, такъ и къ самой дочери. Дочь называется чаще *ἐπίκληρος, ἔγκληρο* Поллуксъ, III, 33.

[2]) Исей, *de Arist. her.*, 19; Демосѳенъ, c. *Macart.*, *passim*. Ср. Платнеръ, *Process u. Klagen b. d. Attik.* Дармштадтъ, 1824—25, т II, стр. 2.6.

[3]) Демосѳенъ. *c. Neaer.*, 113 Ср. Бунзенъ, *de Jure hereditario Atheniensium*, Gott., 1813; Ш. Жиро, *du Droit de succession à Athenes*, Пя

Такимъ образомъ, женщина въ Аѳинахъ, въ какое бы положеніе ни ставила ее судьба, не находила нигдѣ свободы и независимости; какъ жена, дочь, сирота или вдова, она всегда имѣла стоящаго надъ нею по закону господина, который одинъ располагалъ ея личностью и имуществомъ.

III.

Но этотъ господинъ былъ въ то же время и покровителемъ. Выше было замѣчено, что отцовская власть, власть мужа и власть боковыхъ родственниковъ надъ сиротою носили въ аттическомъ правѣ одно и то же названіе, которымъ означалась также власть опекуна надъ состоящими подъ его опекой лицами. Тождественныя по названію, всѣ эти власти были тождественны и по природѣ: то же законное покровительство, которое оказывалось лицамъ мужскаго пола во время ихъ несовершеннолѣтія, сопровождало женщину во всѣ возрасты и во всѣ положенія ея жизни. Ея отецъ, мужъ и родственники были лишь ея отвѣтственными опекунами, обязанными отчетомъ въ своихъ дѣйствіяхъ.

Но предъ кѣмъ они были отвѣтственны? Кто могъ потребовать отъ нихъ отчета, если единственное заинтересованное лицо было неспособно предъявить къ нимъ искъ? Они отвѣчали предъ самимъ государствомъ, которое призывало нѣкоторымъ образомъ всѣхъ гражданъ на помощь тому, кто не могъ самъ защитить себя, и предоставляло каждому изъ этихъ гражданъ публичный или популярный искъ (κακώσεως δίκη) [1]) во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда неспособное лицо терпѣло ущербъ отъ того, кто обязанъ былъ, напротивъ, защищать это лицо. Былъ ли то ребенокъ, покинутый или пренебреженный своимъ отцомъ, старикъ, заброшенный своими дѣтьми или терпѣвшій отъ нихъ дурное обращеніе, или то была женщина, имѣвшая основаніе жаловаться на мужа, отца или родственника, обязанныхъ быть ея опекунами,— всѣ эти нарушенія семейныхъ обязанностей разсматривались,

рижъ, 1842 (*Rev. de législ.*, т. XVI. стр. 97). Шнейдеръ, *de Jure hereditario Atheniensium*, Monach.. 1851. Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athenes.*

[1]) Было бы точнѣе сказать *γραφή* (Harpocration, voc. *Κακώσεως*), хотя выраженіе *δίκη* болѣе принято.

какъ посягательство на нравственный порядокъ въ общинѣ, и каждый гражданинъ имѣлъ право обвинять предъ архонтомъ того, кто злоупотреблялъ въ отношеніи къ ребенку, старику или женщинѣ властью, переданной ему лишь для ихъ защиты [1]).

Женщина пользовалась, въ особенности, защитой этого иска — все равно, находилась ли она подъ властью отца, мужа, или подъ опекой своихъ боковыхъ родственниковъ. Искъ предъявлялся къ отцу, если этотъ послѣдній не заботился о замужествѣ и обезпеченіи за дочерью приданаго по достиженіи ею половой зрѣлости,—къ опекунамъ, если они сами не вступали въ бракъ со своими питомицами, или не выдавали ихъ замужъ съ предоставленіемъ имъ при этомъ приданаго, въ случаѣ необходимости и изъ своихъ собственныхъ средствъ; наконецъ, — къ мужу, если онъ дурно обращался съ женою, или оказывался невѣрнымъ ей, или пренебрегающимъ своими супружескими обязанностями [2]). Осужденіе по этому иску влекло за собою „самыя строгія кары" [3]). Кромѣ того, съ предъявленіемъ его связывалась въ греческомъ судопроизводствѣ специальная привиллегія: обвинитель, не доказавшій своего обвиненія, не несъ никакой отвѣтственности, и ни одинъ законный срокъ не ограничивалъ продолжительности судоговоренія [4]).

Но великодушный и свободный духъ греческаго законодательства обнаруживается особенно въ его отношеніи къ замужней женщинѣ. Въ аттическомъ правѣ мы находимъ или въ зародышѣ, или въ полномъ цвѣту, всѣ начала и учрежденія, обезпечивающія независимость женщины въ бракѣ въ современной Европѣ.

Прежде всего, Греція освящаетъ принципъ моногаміи, заимствованный, можетъ быть, изъ Египта [5]) и не совсѣмъ еще отрѣшен-

---

[1]) Демосѳенъ, c. *Macart.*, 54.

[2]) Schol., *ad Aristoph.*, *Equit.*, ст. 399 (Дидо, *Comicor. fragm.*, стр. 36). Утверждали, что искъ *κακώσεως* противъ мужа не былъ публичный искъ, а принадлежалъ лишь родственникамъ жены. См. *contra* Harpocration, voc. *Κακώσεως*.

[3]) „*Αἱ ἔσχαται τιμωρίαι*", говоритъ Изей (*de Pyrrh. her.*, 47); и мы знаемъ чрезъ Эсхина (Timarch., 28), что въ извѣстныхъ случаяхъ, это наказаніе считалось *ἀτιμία*, безчестящимъ.

[4]) *Δίκη ἄνευ ὕδατος*,—водяные часы не были здѣсь въ ходу.

[5]) Геродотъ, II, 92: „*Καὶ γυναικὶ μιῇ ἕκαστος αὐτέων (Αἰγυπτίων) συνοικέει, κατάπερ Ἕλληνες*". Ср. Діодора, 1, 80).

ный отъ восточнаго вліянія. Аѳинское законодательство разрѣшаетъ бракъ съ одной лишь законной женой [1]), но не запрещаетъ имѣть въ одно и то же время и жену, и наложницу. Это, очевидно, еще очень несовершенная моногамія, стоящая близко къ азіатской полигаміи. И по законамъ Индіи или Китая разрѣшеніе имѣть многихъ женъ соединяется съ преобладающимъ положеніемъ одной изъ нихъ, которая носитъ одна титулъ супруги и обладаетъ правами таковой, тогда какъ остальныя считаются наложницами. Поэтому вся разница между моногаміей въ Греціи и полигаміей на Востокѣ сводится къ слѣдующему: въ Азіи дѣти наложницы являются по праву членами семьи; въ Аѳинахъ они могутъ войти въ нее не иначе, какъ путемъ узаконенія, зависящаго, однако, цѣликомъ отъ воли отца [2]).

Принципъ моногаміи ведетъ къ признанію равенства между супругами, и это стремленіе къ равенству обнаруживается во многихъ опредѣленіяхъ аттическаго права. Если законъ караетъ всегда прелюбодѣяніе жены, то онъ караетъ въ важныхъ случаяхъ и прелюбодѣяніе мужа [3]). Если мужъ можетъ по своей волѣ развестись съ женою, то и жена имѣетъ возможность вызвать постановленіе о разводѣ чрезъ архонта, которому она подаетъ съ этою цѣлью въ письменной формѣ просьбу, заключающую въ себѣ изложеніе мотивовъ оправдывающихъ разводъ [4]). Такимъ образомъ, женщина даже подъ властью мужа не утрачиваетъ своей индивидуальности, и когда мужъ умираетъ, она не переходитъ болѣе, какъ предметъ наслѣдованія, во власть наслѣдниковъ мужа, а

---

[1]) Предполагаемое двоеженство Сократа—ошибка, теперь доказанная. См. Люзакъ (Luzac), *de bigamia Socratis* (*Lect. Atticae*, Лейденъ, 1809). То же самое можно сказать и о всей остальной Греціи: двоеженство царя Спарты Анаксимандра приводится, какъ исключительный случай, противный обычаямъ и нравамъ. Геродотъ, V, 30, 40.

[2]) См. *suprà*, стр., 28,55,75 примѣч. 6,

[3]) Напр., когда мужъ оставляетъ жену изъ-за наложницы. См. *suprà*, стр., 80 прим. 2.

[4]) Какъ ни проста была, повидимому, эта форма, исполненіе ея, однако, крайне затруднялось тѣмъ зависимымъ положеніемъ, въ которомъ стояла замужняя женщина. Плутархъ разсказываетъ, что Алкивіадъ, встрѣтивъ на рынкѣ жену, отправлявшуюся къ архонту съ просьбой о разводѣ въ рукахъ, вернулъ ее силой домой, безъ того, чтобы кто-нибудь подумалъ воспротивиться такому акту насилія съ его стороны. *Алкивіадъ*, VIII, 6 и 7.

возвращается въ собственную семью, подъ опеку своихъ родственниковъ [1]).

Чтобы лучше обезпечить индивидуальность замужней женщины, греческій законъ даетъ ей приданое и устанавливаетъ порядокъ этого приданаго съ такой мудростью, которая не была превзойдена даже современными законодательствами. Основная идея приданаго лежитъ не въ томъ, что жена приноситъ мужу то имущество, которымъ обладаетъ; это мы встрѣчали уже и у индусовъ, и у евреевъ. Идея приданаго—та, что мужъ, не дѣлаясь абсолютнымъ хозяиномъ имущества жены, обязанъ сохранить его въ цѣлости и возвратить по прекращеніи брака. Этимъ создается для каждаго изъ супруговъ отдѣльное имущество, которымъ каждый изъ нихъ участвуетъ въ общихъ расходахъ по хозяйству; супружескій союзъ дѣлается ассоціаціей между сильнѣйшимъ и слабѣйшимъ, вмѣсто того, чтобы быть поглощеніемъ слабаго сильнымъ. [2])

Нигдѣ учрежденіе приданаго не играетъ такой большой роли, какъ въ греческомъ правѣ. Необходимое для побужденія мужчины къ браку, оно было такъ же важно и для затрудненія развода. Вотъ почему аѳинскій законодатель и требовалъ, чтобы каждая жена имѣла приданое. Установленіе его, при отсутствіи другихъ торжественныхъ формъ, отличало законный союзъ отъ незаконнаго, и жена, за которою мужъ не признавалъ приданаго, предполагалась обыкновеннно уже поэтому наложницею [3]).

Былъ, однако, случай, когда жена не имѣла надобности въ заказѣ приданаго; это—случай, когда ея отецъ умиралъ, не оставляя наслѣдника мужского пола: тогда все наслѣдство обращалось цѣликомъ, какъ мы видѣли это раньше, въ приданое сиротѣ. Во

---

[1]) См. *suprà*, стр., 70,76 примѣч. 1.

[2]) См. G. Barilleau, *Установленіе приданаго въ древней Греціи* (Nouvelle Revue historique de droit, français et ctrenger, VII, 145).

[3]) Изей, *de Pyrrh. her.*, 28 и слѣд. Діон. Кризостомъ опредѣляетъ такъ законную жену: „*Ἀστὴν ἐξ ἀστῶν καὶ προῖκα ἱκανὴν ἐπενηνεγμένην*", а когда Плутархъ говоритъ, что (*Солонъ* XX, 8) по одному закону Солона жена не могла принести мужу въ приданое болѣе „*ἱμάτια τρία καὶ σκεύη μικροῦ νομίσματος ἄξια*", то ограниченіе это надо понимать въ смыслѣ лишь приносимыхъ женой платьевъ и украшеній, (*φερνή*) а не приданаго въ собственномъ смыслѣ этого слова (*προῖξ*).

всѣхъ другихъ обстоятельствахъ требовался заказъ приданаго [1]), и эта обязанность лежала на различныхъ опекунахъ женщины: на отцѣ, братѣ, восходящихъ и боковыхъ родственникахъ, а, при ихъ отсутствіи, на самомъ государствѣ. Размѣръ или, по крайней мѣрѣ, минимальный предѣлъ приданаго, подлежащаго заказу, опредѣлялся закономъ въ рамкахъ, которыя измѣнялись сообразно состоянію опекуна и степени родства его съ надѣляемой приданымъ [2]). Въ моментъ совершенія брака мужу передавался актъ, заключающій въ себѣ инвентарь и оцѣнку всего того имущества, которое приносилось женою; подписываясь подъ этимъ актомъ, мужъ бралъ все означенное въ немъ имущество подъ свою отвѣтственность и былъ обязанъ возвратить его, когда въ томъ представлялась надобность. Имущество, не попавшее въ этотъ оцѣночный актъ, переходило въ окончательную собственность мужа.

Во время брака мужъ былъ не только управителемъ, но и хозяиномъ приданаго [3]), и права его ограничивались лишь двойнымъ обязательствомъ: содержать жену и дѣтей доходами приданаго, съ одной стороны, и возвратить, въ случаѣ прекращенія брака, капиталъ приданаго, съ другой. Возвратъ приданаго обезпечивался спеціальными исками [4]), легальной привилегіей [5]) и, чаще всего, ипотекой [6]). Иски предъявлялись или наслѣдниками жены, если бракъ прекращался ея смертью, или ея опекунами [7])—въ случаѣ развода или вдовства. Но если разведенная жена или вдова были еще въ такомъ возрастѣ, что могли снова вступить въ бракъ, то

[1]) Въ этихъ случаяхъ женщина называлась *ἐπίπροικος*, въ отличіе отъ женщины *ἐπίκληρος*.

[2]) Демосѳенъ, с. *Macart.*, 54; Harpocration, voc. *Θῆτες*.

[3]) Недвижимость входящая въ приданое, причислялась къ цензу мужа, а не жены. Бёкъ, *Staatshaushaltung d. Athen.*, книга IV, § 6.

[4]) *Δίκη προικὸς, δίκη σίτου.*

[5]) Жена по отношенію къ требованію приданаго имѣла преимущество предъ всѣми другими кредиторами, по крайней мѣрѣ, при конфискаціи имущества мужа. Etymologicon magnum, Лейпцигъ, 1816 г., стр. 340.

[6]) *Ἀποτίμημα.* Хотя законная ипотека и была чужда аттическому праву, но обычай устанавливалъ ее надъ имуществомъ мужа. Lexic Seguier (Бекеръ, *Anecdota*), стр. 201.

[7]) Подъ ними я предполагаю тѣхъ, подъ властью которыхъ стояла жена, т. е. ея отца, сыновей и боковыхъ родственниковъ.

опекуны въ этомъ случаѣ пріобрѣтали ея приданое не иначе, какъ съ обязательствомъ возвратить его при выдачѣ ея въ новое замужество [1]).

Этимъ я заканчиваю очеркъ греческаго права, котораго, несмотря на его неполноту, будетъ, можетъ быть, достаточно для того, чтобы внушить надлежащее представленіе о важности этого права, такъ несправедливо заброшеннаго современной наукой, которая не замѣчаетъ скрывающихся въ немъ зародышей цивилизаціи и прогресса. Эти зародыши не погибли, и даже въ наши дни цивилизованныя общества пользуются ихъ драгоцѣнными плодами. Аѳины, правда, пали подъ римскимъ оружіемъ; но философія, искусство и вся цивилизація Аѳинъ пережили ихъ паденіе и перешли къ самому побѣдителю. Широкій и свободный духъ греческаго законодательства проникъ въ римское право и разорвалъ по всѣмъ швамъ слишкомъ узкое платье устарѣвшаго формализма. Новая юриспруденція, вдохновленная jus gentium, правомъ иностранцевъ, пересмотрѣла и преобразовала всѣ древнія національныя учрежденія, и это преобразованное римское право въ томъ видѣ, въ какомъ завѣщала его новымъ націямъ умирающая имперія, представляло вездѣ соединеніе греческихъ элементовъ съ римскими. Убѣдиться въ этомъ мы будемъ имѣть случай при изученіи римскаго законодательства по занимающему насъ вопросу въ послѣдовательные періоды развитія этого законодательства.

ГЛАВА IV.

Римъ.

I. Періодъ первый.

1.

Общее происхожденіе грековъ и римлянъ сказывается въ ихъ правѣ такъ же, какъ и въ языкѣ, и сравненіе этихъ народовъ можетъ принести въ будущемъ такіе же богатые плоды юристамъ,

---

[1]) Демосѳенъ, c. *Baeot.*, II, 7; c. *Neaer.*, 52. По всѣмъ этимъ пунктамъ см. также c. *Spudi*; Изей, *de Pyrrh.*, *her.*

какіе оно принесло уже филологамъ. Это сходство особенно поражаетъ въ юности Аѳинъ и Рима, тогда какъ съ теченіемъ времени оно сглаживается. Восходя отъ столѣтія къ столѣтію, можно видѣть, какъ оба законодательства сближаются и, какъ бы, сливаются въ общемъ источникѣ, скрытомъ въ глубинѣ временъ. Если изучать, въ особенности по древнѣйшимъ памятникамъ, учрежденіе, которое по самой своей природѣ сопротивляется упорнѣе всѣхъ другихъ учрежденій дѣйствію времени,—я имѣю въ виду организацію семьи,—то окажется, что она покоится у того и другого народа на одномъ и томъ же основаніи. Въ Римѣ, какъ и въ Аѳинахъ, камень очага представляетъ собою самый древній и самый почитаемый изъ алтарей [1]), домъ—святое и неприкосновенное убѣжище [2]), отецъ семейства—жертвоприносителя, соединяющаго подъ своей единой и священной властью женщинъ, дѣтей, рабовъ, при чемъ онъ располагаетъ всѣми этими лицами, какъ своимъ добромъ [3]). Поэтому-то имущество, домъ и всѣ обитатели дома означаются на языкѣ обоихъ народовъ однимъ и тѣмъ же словомъ [4]). Домъ не долженъ оставаться безъ наслѣдника [5]), домашній очагъ—безъ приносителя жертвъ, и порядокъ наслѣдованія подчиненъ въ Аѳинахъ и въ Римѣ совершенно подобнымъ между собою законамъ [6]). Бракъ, являющійся актомъ

---

[1]) *Ἑστία Vesta.* Культъ вѣчнаго огня былъ первоначально домашнимъ культомъ: „In penetralibus perpetuos fovetis focos". Арноб., adv. gent., II, 67; Эврип., *Alcest.*, v. 162—163.

[2]) Цицеронъ, *pro domo*, 41: Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic dii penates; hic sacra, religiones, caeremoniae continentur". Въ Аѳинахъ, даже при 30 тиранахъ, неприкосновенность жилища не нарушалась никогда. Демосѳенъ, *c. Androt.*, 52; c. *Everg.*, 60.

[3]) См. выше, стр. 24.

[4]) *Οἶκος, familia, οἰκέτης, famulus.*

[5]) Діонисій Галикарнасскій (IX, 22) говоритъ, что по древнимъ римскимъ законамъ бракъ былъ *обязателенъ*. Мы видѣли, что то же самое было и въ Греціи.

[6]) Четыремъ порядкамъ наслѣдниковъ по греческому закону, необходимые нисходящіе наслѣдники, *οἶκος γένος, φρατρία*, соотвѣтствуютъ вполнѣ четыре порядка и по римскому закону: liberi heredes sui et necessarii, familia (agnati), gens, curia, и въ основаніи закона обоихъ народовъ лежитъ одинъ и тотъ же религіозный и политическій интересъ, требующій сохраненія семьи.

установленія семьи, заключается въ томъ и другомъ городѣ одинаково: жертвоприношеніями однимъ и тѣмъ же божествамъ [1]) и покупкой [2]); въ обоихъ городахъ покупка невѣсты, какъ рабы, предвѣщаетъ моногамію и будущую эманципацію женщины. Наконецъ, какъ въ Римѣ, такъ и въ Греціи, мы находимъ надъ семьей въ тѣсномъ смыслѣ, домомъ (οἶκος, familia), еще увеличенную семью (γένος, gens), представляющую собою корпорацію, одновременно семейную и политическую; эта корпорація, съ одной стороны, носитъ имя своего патрона-родоначальника, а съ другой— отправляетъ государственныя функціи и служитъ у обоихъ народовъ показателемъ перехода ихъ отъ патріархальной жизни къ государственной организаціи.

Оставимъ теперь этотъ первоначальный періодъ, гдѣ такъ много темнаго; перейдемъ на свѣтъ исторіи, въ эпоху, когда учрежденія Рима и Аѳинъ приняли свои наиболѣе характерныя и установившіяся формы. Въ то же столѣтіе, почти въ тѣ же годы, когда Аѳины переживали свою цвѣтущую пору при Периклѣ, Римъ получилъ отъ авторовъ 12 таблицъ неумирающіе принципы своего гражданскаго законодательства. Въ какомъ же отношеніи стояло тогда это законодательство къ греческому? Если мы предполагали выше общее происхожденіе того и другого, то теперь первоначальное сходство между ними почти стирается, и насъ поражаетъ болѣе всего ихъ противоположеніе и контрастъ. Это новое обстоятельство заслуживаетъ того, чтобы на немъ нѣсколько остановиться: могучую оригинальность римскаго права нельзя лучше оттѣнить, какъ, сопоставляя это право съ греческимъ, дѣйствующимъ одновременно, по сосѣдству и, между тѣмъ, такъ противоположнымъ первому,—какъ, можетъ быть, ни одно изъ законодательствъ, когда - либо управлявшихъ цивилизованной Европой.

Этотъ контрастъ обнаруживается не въ литературѣ и не въ искусствѣ: здѣсь Римъ остается ученикомъ Аѳинъ. Истинно оригинальное созданіе Рима, дѣло, принадлежащее ему и никому болѣе, какъ ему, это — его право. Въ грубомъ матеріализмѣ древне-римскаго судопроизводства, въ неумолимомъ формализмѣ

---

[1]) A. Rossbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgard, 1853, стр. 212, 301.

[2]) Аристот., *Polit.*, кн. II, гл. V (VIII), п. 12.

всѣхъ актовъ гражданской жизни, подчинявшемъ римлянъ и въ этой жизни дисциплинѣ, ни въ чемъ не уступавшей военной, — во всемъ этомъ виденъ народъ, закаленный на войнѣ и сковавшій изъ права новое оружіе для покоренія міра и управленія имъ. Въ Греціи, напротивъ, право болѣе идеалистично и менѣе практично; оно разрываетъ узы формализма, чтобы подняться до абсолютныхъ понятій справедливаго и истиннаго: въ этомъ правѣ виденъ народъ артистовъ и философовъ, который также сумѣлъ покорить міръ, но сдѣлалъ это не силой оружія, а недопускавшимъ сопротивленія обаяніемъ своего блестящаго генія.

Все въ греческомъ и римскомъ правѣ указываетъ на эти противоположныя тенденціи: и гражданскіе законы, и судопроизводство, и судебная организація. Судебная власть въ Аѳинахъ принадлежала, какъ мы это уже видѣли, самому народу, который считалъ ее какъ бы дополненіемъ къ ему же принадлежавшей законодательной власти: законодательство было скудно подробностями, часто нѣмо, а судебная практика болѣе творила право, чѣмъ примѣняла его [1]). Этотъ народъ - законодатель, въ еще большей степени, чѣмъ нашъ судъ присяжныхъ, находилъ высшую норму для сужденія въ голосѣ совѣсти. Архонтъ, предсѣдательствовавшій на судѣ, не имѣлъ возможности, предоставленной президентамъ нашихъ ассизовъ, вліять на народный вердиктъ, руководя преніями и резюмируя ихъ: онъ вступался въ судъ суверениаго народа не иначе, какъ путемъ представленій и просьбъ [2]). Поэтому-то судебная практика въ Греціи была самостоятельнымъ выраженіемъ общественной совѣсти, и право, въ своихъ неустойчивыхъ и подвижныхъ формахъ, развивалось и измѣнялось въ непрерывной связи съ нравами. Ничего подобнаго мы не видимъ у римлянъ. Они не только не отдаютъ рѣшеній по гражданскимъ дѣламъ на произволъ толпы, но еще устанавливаютъ на нихъ родъ монополіи самаго консервативнаго изъ всѣхъ сословій, одновременно аристократическаго и жреческаго. Составленной такимъ образомъ изъ патриціанскихъ жрецовъ коллегіи, которая сама себя возобновляетъ посредствомъ выборовъ, предоставлена

---

1) Присяжные въ Аѳинахъ присягали судить по закону, а при отсутствіи послѣдняго, по справедливости. „*Περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ὦσι, γνώμῃ τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν*“. Демосѳенъ, с. *Leptin.*, 118; Полуксъ, *Onomast.*, VIII, 122.

2) Lysias, c. *Alcibiad.*, I, 21; II, 1.

во время 12 таблицъ и гражданская юрисдикція [1]). Въ этои недоступной для всѣхъ непосвященныхъ коллегіи сохранялось неприкосновеннымъ сокровище древнихъ традицій и вырабатывались медленно, въ тѣни, формулы судопроизводства,—такъ же таинственныя и непоколебимыя, какъ священные обряды. Все въ древне-римскомъ правѣ говоритъ намъ о главенствующей въ немъ роли жрецовъ. и тѣ символы и торжественные обряды, которые дѣлаютъ изъ каждаго юридическаго дѣйствія какъ бы священную церемонію, и тѣ формулы, смыслъ и употребленіе которыхъ скрыты отъ пониманія простыхъ людей [2]), тогда какъ ихъ магическая сила создаетъ и разрушаетъ всѣ права. На то же указываютъ мелочная тонкость юридическаго анализа, фетишизмъ текста и буквы, и хитрая казуистика, характеризующіе вообще теологическую юриспруденцію и поражающіе насъ одинаково какъ у толкователей Корана и Талмуда, такъ и у комментаторовъ каноническаго права. Правда, что впослѣдствіи [3]) римская юриспруденція открылась для болѣе свободныхъ вліяній: плебеи кончили тѣмъ, что взломали дверь святилища, и правосудіе постепенно секуляризировалось въ рукахъ претора, избраннаго народомъ [4]). Но удивительное дѣло! перейдя въ свѣтскія руки, право не утратило все-таки священной формы и такого же характера. Плебеи-юристы стали учениками старыхъ патриціевъ-жрецовъ и, внеся въ зданіе римскаго права новые матеріалы, остались вѣрными плану его первыхъ архитекторовъ. Старый клерикально-аристократическій духъ просвѣчиваетъ постоянно въ мелочномъ формализмѣ, въ суевѣрномъ уваженіи къ

---

[1]) См. Помпоній, l. 2, § 6, D. 1, 2; Цицерона, *de Leg.* II, 19; *de Harusp. resp.* 7; Титъ Ливій, IX, 46; Вал. Макс., II, v. 2; Діонисій Галикарн., II, 73. Вѣрное доказательство древнѣйшей юрисдикціи жреческой коллегіи мы имѣемъ въ actio sacramenti, самомъ древнемъ и наиболѣе общемъ изъ римскихъ исковъ: sacramentum вручался жрецамъ (Варронъ, *de Ling. lat* V, 180; ср. 15) и посвящался религіознымъ цѣлямъ: „Sacramentum, quod consumebatur in rebus divinis" Фест., h. v. Я отсылаю за большими подробностями къ остроумнымъ и ученымъ изслѣдованіямъ Іеринга: Geist des römischen Rechts, Leipzig, 1852—65, т. I, § 18, пр. 175—189; т. II, § 42, пр. 534—558.

[2]) Помпоній, l. 2, § 6, D. 1, 2: „Quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque esse voluerunt".

[3]) Черезъ столѣтіе послѣ 12 таблицъ, по Помпонію.

[4]) Тогда и sacramentum, принадлежавшій церковной казнѣ, перешелъ въ казну государственную. Гай, IV, 13.

буквѣ, въ упрямой привязанности къ формамъ и преданіямъ прошлаго. Римское право осталось навсегда тонкимъ искусствомъ и абстрактнымъ знаніемъ, закрытымъ для непосвященныхъ.

Отъ судей перейдемъ къ тяжущимся. Въ Аѳинахъ они являлись одни передъ народнымъ собраніемъ и вели сами свое дѣло. Ни адвокатъ, ни повѣренный-юристъ, не могли стать между ними и судомъ [1]): присяжные искали, прежде всего, справедливости и цѣнили не столько юридическія заключенія, сколько живой и искренній разсказъ о фактахъ изъ устъ тѣхъ, кто былъ самъ ихъ виновникомъ или жертвой. И если иногда случалось, что тяжущійся приводилъ съ собою родственника или друга, который говорилъ передъ судомъ послѣ него [2]), то это былъ не юристъ, а ораторъ: юристы и ихъ тонкое искусство остались неизвѣстными Аѳинамъ. И на что они были нужны? Никакіе процессуальные крючки не затрудняли доступа къ народному правосудію: всякая жалоба принималась навѣрное судомъ, который удовлетворялъ ее по справедливости, не стѣсненный даже писаннымъ закономъ. Въ Римѣ, наоборотъ, никто не могъ сдѣлать шага безъ руководства юриста: пути процесса были такъ узки и темны, представляли столько ловушекъ, что ни одинъ тяжущійся не смѣлъ ступить на нихъ, не держась за руку посвященнаго въ тайны этихъ путей [3]). Каждая сторона, участвовавшая въ процессѣ, должна была повторять, слово за слово, текстъ закона, на который она опирала свое притязаніе: малѣйшая неточность вела къ проигрышу процесса. Безъ текста закона не было иска: legis actio [4]).

---

[1]) Квинтиліанъ, *Inst. orat.* II, xv, 30. Нужно, однако, замѣтить, что тяжущіеся обходили часто это запрещеніе, произнося передъ судомъ рѣчи, которыя они впередъ заказывали риторамъ по профессіи. См. Egger, *Si les anciens ont connu la profession d'avocat*, Paris, 1861; Albert Desjardin, *Essai sur les plaidoyers de Demosthène*. Paris, 1862.

[2]) Поэтому мы и видимъ, что греческіе ораторы ссылаются обыкновенно въ своихъ рѣчахъ на родство или дружбу съ тяжущимися, для того, чтобы оправдать свое вмѣшательство въ процессъ. Изократъ, c. *Eutyn*; Исей., *de Nicostr., her.*; Демосѳ., *pro Phorm.*, etc...

[3]) Цицер., *pro Murena*, 11: „Ne sine sua opera lege posset agi, notas quasdam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent". Отсюда—и высокое положеніе юристовъ въ Римѣ. Цицер., *de Oratore*, I, 45; III, 33; Горацій, *Satyr.*, I, v. 10.

[4]) Гай, IV, 11. Ср. Іеринга, Geist des röm. Rechts, т. II, § 47.

Самъ судъ былъ рабомъ немилосерднаго текста, и ему было такъ же невозможно удовлетворить, при молчаніи закона, самой справедливой жалобѣ, какъ и отвергнуть, при согласіи съ текстомъ закона, самый несправедливый искъ. Впослѣдствіи развилось, правда, новое судопроизводство [1]), давшее возможность претору пополнять пробѣлы слишкомъ узкихъ законовъ созданіемъ новыхъ исковъ. Но основной принципъ, который можно называть принципомъ спеціальности исковъ, сохранился. Все равно, гдѣ бы искъ ни былъ записанъ, въ законахъ ли 12 таблицъ, или въ эдиктѣ претора, онъ долженъ былъ имѣть за себя официальный текстъ, его освѣщавшій, особое имя, точную формулу и опредѣленную область примѣненія. Внѣ этихъ исковъ, строго установленныхъ и классифицированныхъ, нельзя было разсчитывать ни на какую защиту, какъ бы несправедливы ни были дѣйствія, не предусмотрѣнныя почему-либо въ текстѣ законовъ. Наконецъ, если отъ этихъ судебныхъ исковъ мы обратимся къ лежащимъ въ ихъ основаніи договорамъ и другимъ гражданскимъ сдѣлкамъ, то намъ представится тотъ же контрастъ. Въ Аѳинахъ нѣтъ ни символовъ, ни торжественности, облекающихъ волю сторонъ въ матеріальную и ощутимую форму, и, въ то же время, какъ бы накладывающихъ на каждый договоръ его особую этикетку. Ничего съ внѣшней стороны не отличаетъ даренія отъ отказа, усыновленія отъ завѣщанія, конкубината отъ брака; ничего не раздѣляетъ этихъ юридическихъ актовъ отъ ежедневныхъ событій совмѣстной жизни [2]). Рѣшающее значеніе принадлежитъ не видимостямъ и внѣшнимъ знакамъ, а дѣйствительному намѣренію, истинной волѣ договаривающихся лицъ; и чѣмъ греческій законъ безразличнѣе къ матеріальной формѣ, тѣмъ требовательнѣе онъ къ волѣ, составляющей какъ бы душу договора: „въ случаяхъ неожиданности, поспѣшности, угрозъ, обманныхъ обѣщаній, вліянія женщины, слабости, обусловленной болѣзнью или возрастомъ,— воля недостаточна и актъ недѣйствителенъ“ [3]). И въ самомъ дѣлѣ,

[1]) Я имѣю въ виду *формулярный процессъ.* См. Гай, IV, 30.

[2]) На дѣлѣ существовали, конечно, и общеупотребительныя формы запись акта, призваніе къ нему свидѣтелей и т. д. Но все это имѣло значеніе для доказательства, а не для дѣйствительности акта.

[3]) Демосѳенъ, c. *Steph.*, II, 14—16.—„*Νοσοῦντα δὲ ἢ φαρμακῶντα ἢ γυναικὶ πειθόμενον ἢ ὑπὸ μανιῶν ἢ ὑπὸ ἀνάγκης τινὸς καταληφθέντα, ἄκυρον*

пробѣгая въ сочиненіяхъ греческихъ ораторовъ мѣста, въ которыхъ рѣчь идетъ о договорахъ или завѣщаніяхъ, мы убѣждаемся, что единственнымъ предметомъ преній служитъ почти всегда истолкованіе вѣроятной воли сторонъ. Напротивъ, римскому судьѣ нѣтъ никакого дѣла до намѣреній договаривающихся; онъ не проникаетъ въ ихъ душу и не изслѣдуетъ того, подверглись ли они обману, насилію и т. д. Достаточно произнести одну формулу закона, безусловно связывающую: „uti lingua nuncupassit, ita jus esto“. Никто не долженъ рисковать подписью какого бы то ни было акта, если около него нѣтъ юриста, который продиктуетъ ему освященныя закономъ слова. Формулы договоровъ не менѣе строги и сложны, чѣмъ формулы судебныхъ исковъ [1]). Всякій договоръ, какъ и искъ, имѣетъ свое спеціальное имя и индивидуализируется въ особую форму. Его можно узнать съ перваго взгляда. Судья не можетъ ни ошибиться въ примѣненіи закона, ни уклониться отъ него; онъ находится въ тискахъ между двухъ одинаково непоколебимыхъ формулъ: текста закона и словъ договора; слѣдующее отсюда рѣшеніе неизбѣжно и фатально; правосудіе функціонируетъ какъ машина, отличаясь той же правильностью и непогрѣшимой точностью.

Можетъ показаться удивительнымъ, что гордая и ревнивая къ своей свободѣ республика поставила себя подъ иго столь жестокаго и тираническаго закона. Но эти гордые республиканцы умѣли понять, что чѣмъ тѣснѣе они станутъ подъ власть закона, тѣмъ свободнѣе они будутъ. Ихъ строгій формализмъ былъ самой надежной оградой противъ произвола, изъ него они сдѣлали неприступную крѣпость для своей свободы, и съ разрушеніемъ этой крѣпости совпала гибель самой свободы. Этотъ страшный механизмъ римскаго процесса, который я описалъ выше, дѣлался въ рукахъ римскаго гражданина, оскорбленнаго въ своихъ правахъ, вѣрнымъ и мощнымъ оружіемъ; никогда, ни при какой иной системѣ судопроизводства, возстановленіе права не слѣдовало такъ

κελεύουσιν εἶναι οἱ νόμοι“.—Платонъ, *Criton*, 14: „*Εἀν τις ὑπ' ἀνάγκης ὁμολογήσας ἢ ἀπατηθεὶς ἢ ἐν ὀλίγῳ χρόνῳ ἀναγκασθεὶς βουλεύσασθαι*“.

[1]) Варронъ, *de Re rust.*, II, 2, 3: „Emtor stipulatur prisca formula, sic... Cum emimus (equos) domitos, stipulamur sic...“—Катонъ, de Re rust., 145—151: „Oleam legendam, hoc modo locare oportet... faciendam, hac lege...“ Цицер., *de Oratore*, I, 57, 58.

быстро и такъ непогрѣшимо за его нарушеніемъ; никогда индивидуальное право не подымалось такъ высоко и не обезпечивалось такъ энергично. Это утвержденіе индивидуальнаго права есть опять черта, характеризующая римское право и отличающая его отъ греческаго. Аѳины, какъ мы это уже видѣли, жертвовали слишкомъ часто гражданскими правами въ пользу права государства, индивидомъ — въ пользу гражданина. Римъ, напротивъ, оставляетъ каждаго отца семейства абсолютнымъ хозяиномъ въ его имуществѣ и исключительнымъ господиномъ въ его семьѣ. Всякій распоряжается по усмотрѣнію своимъ имуществомъ, какъ при жизни [1]), такъ даже и на случай смерти: никогда право завѣщанія, которое есть не что иное, какъ индивидуальное право, доведенное до своего высшаго выраженія, не получало такого широкаго признанія, какъ въ законахъ 12 таблицъ [2]). Всякій распоряжается по усмотрѣнію не только своимъ имуществомъ, но и дѣтьми, женой и всѣмъ персоналомъ, поставленнымъ подъ его власть. Но это всемогущество отца семейства — не созданіе римскаго закона; мы видѣли, что оно лежитъ въ самомъ основаніи патріархальнаго строя, и что нѣтъ народа, въ настоящемъ или въ прошломъ котораго не осталось бы слѣдовъ этого учрежденія. То, что составляетъ особенность римскаго народа, и что никогда болѣе не повторялось, это — устойчивость первобытнаго учрежденія и патріархальнаго управленія среди общества, значительно опередившаго это управленіе, и государства съ такой сильной организаціей, какъ организація римскаго государства. Древніе римляне считали, безъ сомнѣнія, семейныя обязанности слишкомъ высокими и деликатными для того, чтобы допустить по отношенію къ нимъ нескромный контроль судовъ и публичныхъ преній; домашній очагъ представлялся имъ такимъ священнымъ убѣжищемъ, въ которое они закрывали доступъ всѣмъ агентамъ государства [3]), и такимъ непроницаемымъ святилищемъ, котораго

---

[1]) Festus, voc. *Nuncupata*: „Uti lingua nuncupassit, ita jus esto“.

[2]) Ulpian., XI, 14: „Uti legassit..., ita jus esto“. Въ Аѳинахъ нельзя было имѣть другихъ наслѣдниковъ, кромѣ своихъ дѣтей, откуда два слѣдующихъ послѣдствія: 1) при наличности дѣтей, завѣщаніе невозможно; 2) при отсутствіи дѣтей, единственнымъ способомъ установленія наслѣдника является его усыновленіе.

[3]) L. 18, 21 D. de inf. voc. 2, 4, и выше, стр. 85.

тайна должна была уважаться какъ законодателемъ, такъ и судьей. Въ отношенія отца къ сыну, мужа къ женѣ не могла вступиться никакая посторонняя власть [1]). Отсюда — и всемогущество главы семейства, освящая которое римляне, что бы тамъ ни говорили, не упускали изъ виду истиннаго характера семейныхъ отношеній и не производили насилія надъ естественными чувствами: они думали только, что семейныя отношенія составляютъ область нравственнаго порядка, и что контроль законовъ долженъ здѣсь уступать мѣсто контролю нравовъ. Это разграниченіе области нравовъ и законовъ есть также отличительная черта римскаго права, и нѣсколькими замѣчаніями по этому поводу я закончу бѣглый очеркъ противоположенія его греческому. Въ Аѳинахъ та и другая область смѣшивались: право, какъ вѣрное эхо общественной совѣсти, повиновалось нравамъ и постоянно измѣнялось съ ними. Въ Римѣ, напротивъ, гражданскій законъ, заключенный въ предѣлы узкихъ и строгихъ формъ, былъ уже не такъ гибокъ, чтобы поддаться всѣмъ колебаніямъ обычая и всѣмъ вліяніямъ справедливости. Скованный самымъ формальнымъ изъ всѣхъ процессовъ, римскій судья не могъ протянуть благодѣтельной руки помощи ни притѣсненному должнику, ни обманутому кредитору, ни сыну, лишенному наслѣдства, ни отверженной женѣ. Сохранивъ учрежденія патріархальной эпохи, римляне сохранили также ея строгіе нравы, и къ нимъ можно было примѣнить слова Тацита: „добрые нравы у нихъ могущественнѣе, чѣмъ законы у другихъ народовъ“ [2]). У всѣхъ народовъ, которые умѣютъ быть свободными и управляютъ собою самостоятельно, нравы тѣмъ тираничнѣе, чѣмъ болѣе независимости оставляютъ законы, и такимъ образомъ свобода находитъ свой противовѣсъ какъ бы въ самой себѣ. Поразительный примѣръ въ этомъ отно-

[1]) Отецъ не могъ прибѣгнуть ни къ магистратамъ, ни къ вооруженной силѣ для того, чтобы сломить сопротивленіе своего сына. Сынъ, не подчинявшійся отцовской власти, объявлялся *sacer* (Festus, voc. *Plorare*), что было совсѣмъ не публичнымъ наказаніемъ, а скорѣе родомъ отлученія. Іерингъ, т. II, § 32, пр. 300; ср. т. I, § 18.—Той же автономіей пользовалась римская семья и въ религіозномъ отношеніи. Понтифы имѣли такъ же мало права вмѣшиваться въ *sacra privata*, какъ магистраты—въ семейныя рѣшенія. Rossbach, *röm. Ehe*, стр. 14.

[2]) Тац., *de morib. Germ.*, 19.—„Moribus antiqui stat res romana virisque“—говорилъ Энніусъ.

шеніи представляетъ намъ древній Римъ. Никогда данное обѣщаніе не исполнялось съ большей святостью, какъ во время дѣйствія того права, которое допускало неисполненіе его въ случаѣ различныхъ упущеній по отношенію къ формѣ договора [1]); никогда семейныя узы не были такъ тѣсны и неразрывны, какъ при господствѣ того закона, который разрѣшалъ мужу расторженіе брака, отцу — продажу сына и убійство какъ послѣдняго, такъ и жены [2]). Нравы составляли такой существенный элементъ древне-римскаго строя, что у нихъ оказывались свои органы и какъ бы свои суды. Эти суды, не обладавшіе ни судебнымъ авторитетомъ, ни принудительной властью въ настоящемъ смыслѣ этого слова, опирались только на справедливость и общественное мнѣніе; это были, внутри семьи, семейные совѣты, состоявшіе изъ родственниковъ, въ государствѣ—цензоры. Я вернусь впослѣдствіи къ семейнымъ совѣтамъ и скажу теперь о цензорѣ, что въ его задачи входило преслѣдовать путемъ порицанія всѣ тѣ несправедливости, которыя законъ оставлялъ безнаказанными. Цензоръ не постановлялъ судебныхъ рѣшеній и не руководствовался ни законодательствомъ, ни юриспруденціей; его приговоръ служилъ выраженіемъ общественнаго мнѣнія и могъ быть всегда отмѣненъ, такъ же какъ и осужденіе, произносимое имъ, было простымъ порицаніемъ [3]). Словомъ, между цензоромъ, хранителемъ добрыхъ нравовъ, и судьей, исполнителемъ законовъ, мы замѣчаемъ пол-

---

[1]) „Довѣрьте кому-нибудь, говоритъ Полибій (17, 56), на храненіе только одинъ талантъ, въ Греціи вамъ понадобится 10 документовъ, 10 печатей, 20 свидѣтелей, и васъ все-таки обманутъ; въ Римѣ вы не получите иной гарантіи, кромѣ слова поклажепринимателя, и тѣмъ не менѣе ваша поклажа будетъ свято сохранена“.

[2]) Всѣ древніе авторы сходятся въ показаніи, что въ первые пять вѣковъ не было ни одного развода. Aulu-Gell. IV, 3; XVII, 4; Dionys. Hal., II, 25; Val. Max., II, 1, 4; Plutar., *Comp. Thes. c. Rom.*, VI, 5.—См. Савиньи, üb. d. erste Ehescheid. in Rom, Verm. Schr., Berl. 1850, т. I, стр. 81.—Ср. Esmein: la manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain (Revue general du droit, 1883).

[3]) Цицер., *pro Cluent.*, 42; Варронъ, *de Ling. lat.*, V, стр 58 (изд. Готофр.). Цензоръ издавалъ эдикты, но не *edicta perpetua*, какъ преторъ.—Что же касается различія между цензоромъ въ Римѣ и *γυναικονόμος* въ Аѳинахъ, то оно тонко подмѣчено Цицерономъ (*de Rep.*, IV, 6, изд. Leclerc): „Nec vero mulieribus praefectus praeponatur qui apud Graecos creari solet, sed sit censor qui viros edoceat mulieribus moderari“.

нѣйшій контрастъ; въ этомъ контрастѣ можно видѣть осуществленіе и какъ бы живое выраженіе великаго принципа раздѣленія права и нравственности.

Освобождаясь отъ постороннихъ элементовъ, право пріобрѣтаетъ ту устойчивость, ту поразительную твердость и тѣ правильныя и, можно сказать, геометрическія формы, которымъ мы такъ удивляемся въ римскомъ правѣ. Тогда только создается и наука права. До того же, смѣшанное съ религіей, съ нравами и со всей жизнью, право не можетъ еще дать матеріала для спеціальной и опредѣленной науки. Римлянамъ принадлежитъ безсмертная честь открытія этой науки и обученія ея всему міру.

Нельзя ли теперь угадать и предсказать положеніе женщины среди этой жреческой юриспруденціи, этихъ неподвижныхъ и неумолимыхъ формулъ, этихъ суровыхъ нравовъ и этой чисто-патріархальной организаціи семьи? Вспомнимъ только о женщинѣ во времена патріарховъ, и мы найдемъ въ Римѣ Фабіевъ и Катоновъ тѣ же законы и тѣ же нравы.

Если вѣрить только юристамъ, изучающимъ обыкновенно учрежденія по законодательнымъ текстамъ, то положеніе женщины въ древнемъ Римѣ представится намъ въ самомъ мрачномъ свѣтѣ. Они показываютъ, что,—лишенная всѣхъ гарантій, вытекавшихъ изъ мягкости греческихъ законовъ, отданная безъ защиты на произволъ отца или мужа, имѣвшихъ надъ ней право жизни и смерти, продаваемая, покупаемая, пріобрѣтаемая по продолжительному владѣнію, отыскиваемая на судѣ по иску о собственности, какъ раба или животное,—женщина была неправоспособна, и что ея подчиненность кончалась только съ ея жизнью; отъ деспотизма отца или мужа она освобождалась лишь для того, чтобы подпасть тираніи своихъ агнатовъ.

Но если мы оставимъ на минуту юридическія формулы и посмотримъ на то, чѣмъ была женщина на основаніи нравовъ, въ соціальной жизни, въ дѣйствительности, то сцена внезапно измѣнится. Мы увидимъ уже не безпомощную и угнетенную рабу, а матрону, мать семейства, почитаемую рабами, кліентами, дѣтьми, уважаемую мужемъ, любимую всѣми,—словомъ, настоящую хозяйку дома, распространяющую свое вліяніе даже на народныя собранія и совѣщанія Сената. Римляне не изгоняли женщины въ уединеніе

гинекея; они допускали ее въ театры, на празднества, на пиры[1]); вездѣ ей отводилось почетное мѣсто, и всѣ уступали ей дорогу, не исключая ликторовъ и консула[2]). Но ее рѣдко встрѣчали на площади и въ народныхъ собраніяхъ: настолько же домосѣдка по добродѣтели, насколько греческая женщина была домосѣдкой по принужденію, она жила больше въ домѣ; ея обычное мѣсто было у домашняго очага, въ atrium'ѣ[3]). Этотъ atrium не былъ отдаленнымъ помѣщеніемъ, не занималъ верхняго этажа и не служилъ закрытымъ и недоступнымъ убѣжищемъ, какъ греческій гинекей. Это былъ, напротивъ, центръ римскаго жилища, гдѣ собиралась вся семья и принимались друзья и чужестранцы[4]); здѣсь же, передъ очагомъ, подымался алтарь домашнихъ боговъ[5]), и вокругъ этого святилища группировалось все, что семья имѣла самаго дорогого и священнаго: брачная постель[6]), изображенія предковъ, полотна и веретена матери, сундукъ, въ которомъ хранились семейныя бумаги, книги и деньги[7]).

Всѣ эти сокровища были поставлены подъ охрану матери; она, какъ и самъ глава семейства, приносила жертвы домашнимъ богамъ[8]), наблюдала за работой рабовъ внутри дома, руководила воспитаніемъ дѣтей, которыя до юности оставались подъ

---

1) Corn. Nepos, *Praef.*: „Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium? aut cujus non mater primum locum tenet aedium?.. Aliter in Graecia...“ Ср. Іеринга, т. II, стр. 208 и сл.; Беккера, *Gallus*, Лейпцигъ, 1863 (3-е изд.), т. II, стр. 6 и слѣд.; Маркарта, *Handbuch der röm. Privatalterthümer*, Лейпцигъ, 1864, стр. 54 и слѣд.

2) Плутархъ, *Romul.*, стр. 20.

3) Вотъ обычная похвала, читаемая на могильныхъ надписяхъ: „Lanifica, pudica, domiseda“. Zell, n° 540: Orelli, n. 4639.—„Domum servavit, lanam fecit“. Orelli, n. 4848.—Титъ Ливій, I, 57; Арнобій, II, 67.

4) Катонъ, *ap. Sevr., ad Aeneid.*, I, v. 730; Горацій, *Satyr.*, II, VI, v. 65.

5) Schol., *ad Horat., Epod.* II, v. 43: „Iuxta focum Dii penates positi fuerunt“. Это была обыкновенно фигура изъ дерева въ небольшой нишѣ, передъ алтаремъ. Тибуллъ, I, x., v. 20.

6) Lectus genialis (Festus, h. v°), т.-е. постель, посвященная геніямъ дома, домашнимъ богамъ.

7) Полибій, VI, 52; Сервій, *ad Aeneid.*, I, v. 730; IX, v. 648; Асконій, *ad. Cic. Mil.*, 5 (изд. Orelli, стр. 43).

8) Макробій, I, xv, 22: „Nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci et rem facere divinam“.

ея надзоромъ и властью [1]); наконецъ, она же раздѣляла съ мужемъ управленіе имуществомъ и домомъ. „Въ эти времена,—говоритъ Колумелла,—жена соперничала съ мужемъ въ дѣятельности и усердіи, стараясь пріумножить своей бдительностью и заботами богатство семьи. Между супругами не было ничего, что разсматривалось бы какъ отдѣльная собственность того или другого супруга; все было соединено и усилія каждаго направлялись только къ общей выгодѣ хозяйства“ [2]). Съ момента, въ который новая супруга вступала въ atrium своего мужа, она пріобщалась ко всѣмъ его правамъ. Это выражено въ одной древней формулѣ, заключающей въ себѣ торжественныя слова, которыя новобрачная обращала къ мужу въ ту минуту, когда она переступала порогъ своего новаго жилища: „Ubi tu Gaïus, ibi ego Gaïa,“ т. е. гдѣ ты господинъ, тамъ я буду госпожой. [3]).

Жена дѣлалась дѣйствительной госпожей всего, чего мужъ былъ господиномъ [4]); всѣ въ домѣ, даже мужъ называли ее *domina* [5]), и Катонъ Старшій преувеличивалъ только въ сущности правильное наблюденіе, когда онъ шутя восклицалъ: „Вездѣ мужчины управляютъ женщинами, а нами, управляющими всѣмъ міромъ, управляютъ женщины“ [6]).

Но это вліяніе женщины дѣйствовало не только подъ сѣнью очага и въ тѣсномъ кругу домашнихъ интересовъ. Мы видимъ женщину на каждой страницѣ римской исторіи. Напрасно законы исключаютъ ее изъ участія въ государственныхъ дѣлахъ [7]): ея

[1]) Тацитъ, *Dialog.*, 28; Плиній, *Epist.*, VII, 24, Горацій, *Od.*, III, vi, v. 29—32.

[2]) Colum., XII, pr.: „...Nihil conspiciebatur in domo dividuum,... sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis industria rationem parem faceret“. См. также надпись Thuria (Mommsen, *Zwei Sepulchralreden*, Berl., 1864), I. 38; II, 37: „*Neque patrimonii nostri, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam;.. nihil sejunctum, nihil separatum te habituram*“.

[3]) Плутархъ, *Quaest. rom.*, 30; Rossbach, *röm. Ehe*, стр. 352 и слѣд.

[4]) Діонисій Галикарн., II, 25: „*Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν ὅνπερ ὁ ἀνήρ*“.

[5]) Эпиктетъ, *Enchirid.*, 40; Dig. XXXII, 1. 41, pr.: „... Peto a te, domina uxor...“

[6]) Плутархъ, *Reg. Apophthegm.* (изд. Didot., т. III, стр. 240).

[7]) Aulu-Gellus, V, 19: „Cum feminis nulla comitiorum communio“.

вмѣшательство, открытое или скрытое, командуетъ безпрестанно судьбами государства.

Въ лѣтописи и легендахъ римляне соединяютъ всѣ славныя событія своей исторіи съ именемъ той или другой героини, и если вѣрить традиціонной исторіи Рима, то окажется, что онъ не меньше обязанъ добродѣтели своихъ матронъ, чѣмъ мудрости своихъ законодателей и храбрости воиновъ. Супружеская преданность сабинянокъ и почитаніе ими родителей связали сабинянъ съ латинами и положили основаніе римскому народу; цѣломудрію Лукреціи и невинности Виргиніи Римъ, дважды порабощенный Тарквиніями и децемвирами, обязанъ былъ оба раза своимъ освобожденіемъ; мольбы супруги и матери могли одни поколебать Коріолана и спасти республику; ловкіе маневры честолюбивой жены внушили Лицинію знаменитый законъ, носящій его имя и освящающій торжество римской демократіи; и, наконецъ, послѣдніе герои этой демократіи, два Гракха, были сформированы и руководимы своей матерью. Особаго замѣчанія заслуживаетъ то, что героини древняго Рима не были никогда куртизанками, какъ въ Греціи: это—всегда чистыя дѣвственницы, вѣрныя супруги, преданныя матери, и все величіе ихъ состоитъ въ ненарушимой вѣрности скромнымъ обязанностямъ и добродѣтелямъ своего пола. Пусть всѣ эти разсказы будутъ на половину легендами: именно въ легендахъ можно видѣть наивное выраженіе народнаго чувства и неопровержимое свидѣтельство того уваженія и того почета, которыми древніе римляне окружали своихъ супругъ и матерей. Они понимали, что домашнія добродѣтели такъ же существенны для сохраненія государства, какъ и добродѣтели гражданскія или военныя, и вся исторія подтверждаетъ прекрасное свидѣтельство Сенеки, данное только въ менѣе счастливыя времена: „развратъ—говоритъ онъ—былъ (для древнихъ римлянъ) не порокомъ, но уродствомъ“ [1]).

Все, что мы изложили, необходимо для пониманія законодательныхъ текстовъ. Духъ и значеніе этихъ текстовъ теперь освѣщены, и мы можемъ съ точностью опредѣлить юридическое положеніе женщины — дѣвушки, вдовы и жены—въ первые четыре вѣка римской исторіи.

---

[1]) „Seculum quo impudicitia monstrum erat, non vitium“. Sen., *Fragm.*, XIII, 70 (изд. Haase).

II.

Внѣ брака женщина стояла подъ властью своего отца или опекуна. Власть отца была абсолютна. Всѣ члены древне-римской семьи—отецъ, мать, дѣти, невѣстка — составляли тѣсную ассоціацію и одно юридическое лицо. Всѣ имущества, вступавшія въ семью, сливались въ родъ общности и представляли собою одно имущество [1]). Единственнымъ главою этой ассоціаціи, единственнымъ хозяиномъ этого общаго имущества—былъ отецъ.

Мы не видимъ пока никакого различія между дѣтьми двухъ половъ: отцовская власть тяготѣетъ равно на сынѣ и дочери и держитъ ихъ на одномъ и томъ же уровнѣ. Къ тому же дочь, какъ и сынъ, можетъ заключить безъ чьего бы то ни было разрѣшенія вполнѣ дѣйствительное обезательство [2]); ей, какъ и сыну, принадлежитъ въ домашнемъ имуществѣ обезпеченная доля, которую она можетъ потерять лишь при торжественно обставленномъ лишеніи ея наслѣдства [3]). Либеральнѣе, дѣйствительно, чѣмъ восточныя и греческія законодательства, римское право даетъ дочери и сыну равныя права въ отцовскимъ наслѣдствѣ.

Но юридическія различія между обоими полами начинаются съ прекращеніемъ отцовской власти: сынъ, если онъ достигъ половой зрѣлости, эманципируется и отправляетъ независимо всѣ свои права; дочь, напротивъ, сколько бы ей ни было лѣтъ, попадаетъ подъ власть опекуна и подчиняется ей всю жизнь.

Чѣмъ же была собственно эта вѣчная опека надъ женщиной, которую сами римляне считали однимъ изъ оргинальнѣйшихъ учрежденій своего права? [4]) Была ли это охранительная опека,

---

[1]) Цицеронъ, *de Offic.*, I, 17: „Prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis; deinde una domus communia omnia“.

[2]) L. 9 § 2. D. XIV, 6; l. 141 § 2. D. XLV, 1; Savigny, *System*, *Nachtrag*.— *. См., однако, Гая (*Studemund*), III, 104.

[3]) Первоначально формула лишенія наслѣдства (exheredatio) была одна и та же для двухъ половъ. L. 4, C. VI, 28. Что касается тонкостей, введенныхъ позднѣйшей юриспруденціей, то онѣ основывались, очевидно, не на различіи половъ, такъ какъ правила, установленныя для дочерей, примѣнялись равнымъ образомъ и къ нисходящимъ мужского пола во второй степени. Ulp., XXII, 14 и слѣд.; Гай, II, 123 и слѣд.

[4]) Гай, I, 193. Ср. Otto, *de perp. femin. tutela*, Duisb. ad Rh., 1791; Laehr, *von der Tutel über Weiber* (Magazin f. Rechtsw., т. I, стр. 407,

подобная опекѣ надъ малолѣтними, или деспотическая власть, подобная власти отца семейства? [1]) Ни то, ни другое, а нѣчто такое, что можно выяснить, кажется, на причинахъ установленія этой опеки.

Въ почти патріархальномъ строѣ древняго Рима сохраненіе семьи представляло высшій публичный интересъ, и законы сдѣлали все для его опезпеченія. Семейныя связи, столь тѣсныя при жизни отца, не порывались его смертью: наслѣдственное имущество, раздѣлявшееся между дѣтьми, оставалось все-таки семейнымъ имуществомъ; на немъ лежалъ общій долгъ, состоявшій въ отправленіи постояннаго культа предковъ и домашнихъ божествъ. Если между дѣтьми были дочери, то ихъ наслѣдственныя доли не были для данной семьи въ вѣрныхъ рукахъ; она могла опасаться, что эти доли погибнуть для нея и обогатятъ другія семьи, съ которыми соединитъ дочерей ихъ замужество. Чтобы парировать эту опасность и увѣковѣчить въ семьѣ, вмѣстѣ съ ея имуществомъ, воспоминаніе объ общихъ предкахъ и достинство, славу семейнаго имени, римляне отняли у женщины свободное распоряженіе ея имуществомъ, подчинивъ ее вѣчной опекѣ агнатовъ. Слѣдовательно, эта опека была установлена не въ интересѣ женщины, не для оказанія помощи ея слабости и природной неспособности; она была введена противъ женщины и въ интересѣ самого опекуна.

Этотъ взглядъ, слѣдуетъ признаться, встрѣчаетъ много противниковъ—даже въ древности. Цицеронъ, Ульпіанъ, Исидоръ Севилльскій сходятся въ мнѣніи, что опека надъ женщинами была утверждена „по причинѣ слабости ихъ пола, ихъ невѣжества, неопытности и легкомыслія“ [2]). Но послушаемъ и Гая, единственнаго изъ древнихъ авторовъ, обсуждающаго серьезно и глубоко-

---

Giessen, 1820); Savigny, *Beiträge zur. Geschichte der Geschlechtstutel* (*Verm. Schr.*, т. I, стр. 262, Berl., 1850) — * Voigt: Die XII. Tafeln, 1883-4. §§ 110—113.

[1]) Такъ можно было бы думать на основаніи Тита Ливія (XXXIV, 2, 7): „...Feminos... in manu esse parentum, fratrum, virorum... Filiae, uxores, sorores etiam... in manu erunt... Nunquam exuitur servitus muliebris“.

[2]) Цицеронъ, *pro Murena*, 12: „...propter infirmitatem consilii.“—Улп., XI, 1: „...propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.“—Исидоръ, XI, 8: „...propter animi levitatem“.—См. также Гая, I, 144.

настоящій вопросъ. „Обычное мнѣніе,—говоритъ онъ,—таково, что женщины должны быть управляемы опекунами потому, что умъ ихъ слишкомъ легокъ для того, чтобы имъ можно было позволить управляться самимъ; но это основаніе болѣе кажущееся, чѣмъ истинное... Эта опека установлена въ интересѣ самихъ опекуновъ—для того, чтобы женщина, которой они являются будущими наслѣдниками, не могла лишить ихъ этого наслѣдства путемъ завѣщанія, отчужденій или долговъ“ [1]).

Если къ авторитету Гая нужно присоединять еще какія-нибудь доказательства, то приведу одно соображеніе, представляющееся мнѣ рѣшающимъ. Выше уже было сказано, что женщина, стоявшая подъ отцовской властью, вступала безъ всякаго разрѣшенія въ дѣйствительныя обязательства. Напротивъ, ставъ подъ опеку, она не могла дѣлать уже никакихъ долговъ безъ разрѣшенія своего опекуна. Откуда это странное противорѣчіе? Почему женщина, способная обязываться, пока она находится подъ властью отца, дѣлается неспособной къ этому именно по освобожденіи изъ-подъ этой власти? Въ обоихъ случаяхъ ея слабость и легкомысліе, очевидно, тѣ же, и единственное различіе того и другого случая состоитъ въ слѣдующемъ: дочь подъ отцовской властью не имѣетъ имущества и, вступая въ обязательства, обязываетъ только свою личность; напротивъ, сирота или освобожденная изъ-подъ отцовской власти дѣвушка имѣетъ имущество: входя въ обязательства, она обязываетъ не только свою личность, но и свое имущество, и вредитъ этимъ своей семьѣ и своимъ будущимъ наслѣдникамъ. Это открываетъ намъ и духъ разсматриваемаго закона: женщина подлежитъ опекѣ настолько, насколько она обладаетъ имуществомъ, идущимъ въ наслѣдство, и въ интересахъ наслѣдниковъ этого имущества, а вовсе не въ ея интересахъ, устанавливается и эта самая опека.

Отсюда нетрудно заключить, кому законъ предоставляетъ эту опеку. Это—будущіе наслѣдники женщины, т.-е. ея агнаты, ея *gens*; [2]) вольноотпущенница имѣетъ также наслѣдниковъ въ лицѣ своихъ патроновъ. Опека для всѣхъ законныхъ опекуновъ не

---

[1]) Гай, I, 190—192.

[2]) Надпись Thuria, I, 21—24.

обязанность, а право; это—ихъ семейная собственность. [1]). Они не обязаны никакой отчетностью и, будучи даже калѣками, несовершеннолѣтними, сумасшедшими, сохраняютъ свое право на опеку, которое въ этихъ случахъ лишь временно отправляется другими [2]). Но если они не могутъ быть лишены этого права, то имъ не запрещается отказываться отъ него и передавать его другимъ: законный опекунъ распоряжается своей опекой путемъ in jure cessio такъ же, какъ онъ распоряжается своимъ домомъ или полемъ [3]).

Остережемся тѣмъ не менѣе приравнивать власть опекуна къ абсолютной власти отца семейства. Въ отличіе отъ послѣдней, первая строго ограничена самой цѣлью опеки: опекунъ обладаетъ всѣмъ необходимыми полномочіями для сохраненія имущества женщины, но не болѣе того.

Такъ, его власть, прежде всего, распространяется только на имущество, но не на личность женщины. Онъ не имѣетъ права контролировать поведеніе состоящей подъ его опекой женщины, слѣдить за ея нравственностью, или вмѣшиваться въ такія дѣйствія, которыя, касаясь лишь личныхъ условій, не затрогиваютъ ея имущества. Для примѣра можно привести бракъ: сопровождающія его обыкновенно имущественныя соглашенія не обходятся безъ опекуна; согласіе его требуется неизбѣжно при установленіи какъ приданаго, такъ и той *conventio in manum*, которая влечетъ за собою, какъ мы это вскорѣ увидимъ родъ полной общности имуществъ супруговъ. Что касается самаго брака, то какое до него дѣло опекуну? Можетъ ли бракъ вредить семьѣ, если выходящей замужъ женщинѣ наслѣдуютъ не ея дѣти, а агнаты? Поэтому согласія опекуна не нужно ни для совершенія брака, ни для выбора мужа. Женщина сама выбираетъ себѣ мужа, и ей лишь помогаютъ въ этомъ отношеніи, смотря по ея возрасту, совѣты матери или ближайшихъ родственниковъ [4]).

---

[1]) Поэтому она можетъ быть предметомъ rei vindicatio, in jure cessio. Гай, I, 168.

[2]) Гай, I, 177, 180, 191; Ульп., XI, 20, 21.

[3]) Но передается въ этихъ случаяхъ скорѣе отправленіе права, чѣмъ самое право: Гай, I, 169; Ульп., XI, 7.

[4]) Несомнѣнно, прежде всего, что вольноотпущенная не могла вступить въ бракъ безъ согласія своего законнаго опекуна, т.-е. патрона; иначе этотъ послѣдній не имѣлъ бы надобности заставлять ее присягать въ томъ, что

Но это не все: участіе опекуна необходимо не для всѣхъ, но лишь для извѣстнаго числа, даже имущественныхъ сдѣлокъ, которыхъ списокъ приведенъ Ульпіаномъ [1]). Перечисленныя имъ сдѣлки мы можемъ раздѣлить на двѣ группы: сдѣлки неторжественныя и сдѣлки торжественныя. Въ первой группѣ участія опекуна требуютъ только отчужденія *res mancipi*, все равно, какъ бы они ни совершались: прямо или посредственно (черезъ обязательство) [2]). *Res mancipi* назывались дома, поля, сельскіе сервитуты, рабы, вьючный и рабочій скотъ [3]), —словомъ, земля и все необходимое для ея эксплоатаціи; это было какъ бы собственное имущество семьи, и, поставленное подъ бдительный и заинтересованный надзоръ опекуна, оно было обезпечено въ своей сохранности для семьи. Но внѣ этого, такъ сказать, запретнаго имущества, котораго женщина не могла касаться, за ней оставалась еще обширная арена дѣятельности: она могла пріобрѣтать всякаго рода имущества, располагать плодами своего поля и, слѣдова-

---

она не пойдетъ замужъ противъ его воли, и обычай, отмѣненный закономъ Ae. Sentia, не могъ бы никогда укрѣпиться. L. 6 § 3 и 4 D. XXXVII, 14; l. 31, 32 D. 40, 9. Относительно законной опеки агнатовъ, исчезнувшей ранѣе опеки патроновъ, мы не имѣемъ такого вѣрнаго свидѣтельства, и единственный документъ по этому вопросу есть то мѣсто изъ Тита Ливія (IV, 9), гдѣ разсказывается, что въ Ардеѣ, около 440 г. по основаніи Рима руки одной дѣвушки добивались два претендента, между которыми раздѣлились голоса матери и опекуновъ: „Ventum in jus est; postulatu audito matris tutorumque, magistratus *secundum parentis arbitrium* dant jus nuptiarum". Отсюда видно, что вступленіе опекуновъ, если оно и имѣло здѣсь мѣсто, происходило только въ ихъ качествѣ членовъ семейнаго совѣта, гдѣ они не играли даже преобладающей роли.

[1]) Ульпіанъ, XI, 27: „Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent". Ср. Stemann, *über d. Geschäfte b. w. d. auctoritas d. muliebris tutor erforderlich war* (Sell's Iahrb. III, 2, Брауншвейгъ, 1845).

[2]) „Si rem mancipi alienent,—si se obligent". Ср. Гая, II, 47; Vatic. fragm., 259; Цицер., *pro Flacco*, 34; *ad. Attic.*, I, 5.—Ульпіанъ прибавляетъ: „Si libertae permittant in contubernio alieno morari (Ср. Павла Sent., II, 21). Отсюда можно вывести, что женщина, состоя подъ опекой, не имѣла никакой возможности отказаться отъ своихъ правъ на вольноотпущенниковъ, такъ какъ эти права не менѣе всего остальнаго имущества должны были сохраняться въ семьѣ и способствовать ея богатству и могуществу.

[3]) Ульпіанъ, XIX, 1; Гай, II, 15.

тельно, отдавать его въ аренду, распоряжаться по усмотрѣнію арендной платой и, слѣдовательно, платить свои долги, взыскивать по своимъ правамъ требованія, отдавать взаймы, покупать-торговать, дѣлать ручные подарки [1]).

Напротивъ, по торжественнымъ сдѣлкамъ законъ не проводитъ никакихъ различій и требуетъ всегда дѣятельности опекуна [2]). Это правило кажется съ перваго взгляда такъ мало гармонирующимъ съ предшествующимъ, что основанія его искали иногда въ соображеніяхъ, чуждыхъ опекѣ. Такъ, напр., говорили, что торжественныя сдѣлки, совершаемыя обыкновенно передъ лицомъ магистрата или свидѣтелей, представлявшихъ собою римскій народъ, стояли слишкомъ близко къ политическимъ актамъ, для того, чтобы ихъ можно было дозволить кому бы то ни было, кромѣ римскихъ гражданъ, а такъ какъ женщина была исключена изъ комицій, то ее не допускали и на форумъ. Но то, чтобы римскую женщину не пускали никогда на судъ, невѣрно даже для того времени, когда всякій процессъ облекался въ форму *legis actio*: женщина могла и тогда являться въ судъ не только въ сопровожденіи своего опекуна, но и одна, въ качествѣ свидѣтельницы или чьего либо представителя [3]), т.-е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда не задѣвались ея личные интересы. Такъ же одна могла совершать она и нѣкоторыя торжественныя сдѣлки, напр., манципацію во время нахожденія своего подъ отцовской властью [4]); но и въ этомъ случаѣ сдѣлка не затрогивала ея имущества, такъ какъ она не имѣла его. Вотъ случаи, въ которыхъ вовсе не требовалось участія опекуна даже тогда, когда сдѣлки были торжественныя, и это какъ разъ тѣ случаи, въ которыхъ сдѣлки не могли вести ни къ какому уменьшенію имущества женщины. Отсюда слѣдуетъ заключить, что, если опекунъ вступался въ эти

---

[1]) Женщина можетъ отчудить свое право требованія, выдавъ документъ, его удостовѣряющій, такъ какъ это право требованія представляетъ собою res nec mancipi. Цицер., *Topic.*, II; Гай, II, 81, 83, 85; III, 171.

[2]) „Si lege agant, si civile negotium gerant".

[3]) Цицер., *in Verr.*, Act. II, L. I, 37; L. IV, 45.—Воспрещеніе женщинѣ преторомъ судебнаго представительства относится къ позднѣйшему времени. Valer. Max., VIII, III, 2; l. 1 § 5. D. 3, 1. Ср. Плутарха, *Lycurg. a Num. comp.*, III, 9.

[4]) Ульп., XIX, 18; Гай, II, 90; ср. ib. 96.

сдѣлки, то онъ дѣлалъ это не потому, что онѣ были обставлены торжественными формами, а потому, что онѣ могли заключать въ себѣ акты отчужденія.

Но остается еще одна трудность. Если указанный нами мотивъ закона вѣренъ, то почему этотъ послѣдній соединяетъ въ одномъ и томъ же общемъ запрещеніи всѣ торжественныя сдѣлки: какъ уменьшающія имущество женщины, такъ и способныя сохранить и увеличить это имущество? Почему онъ не различаетъ скорѣе того, выгодно или невыгодно принимаемое ею наслѣдство, и жертву ли съ ея стороны, или пріобрѣтеніе въ ея пользу представляетъ совершаемая ею манципація? Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть, намъ кажется, тотъ, что подобныя различія были бы несовмѣстимы съ узкими и строгими принципами античнаго формализма. Эти принципы не считались съ внутреннимъ и экономическимъ характеромъ сдѣлокъ и требовали вниманія только къ ихъ внѣшней формѣ. Съ точки же зрѣнія формалистическаго права было совершенно безразлично: выгодно или невыгодно принимаемое наслѣдство, дѣйствительно ли уплачивалась цѣна манципаціи, или принималась лишь фикція ея уплаты; это измѣняло экономическое значеніе сдѣлки, но не ея форму, которая оставалась всегда одной и той же. Поэтому-то законъ и не могъ дѣлать никакихъ различій: достаточно было, чтобы въ сдѣлкѣ, разсматриваемой самой въ себѣ и, такъ сказать, *in abstracto*, могло заключаться *иногда* отчужденіе, для того, чтобы законъ подчинялъ ее *всегда* контролю опекуна.

Наконецъ, и это слѣдуетъ хорошо помнить, роль опекуна состояла во всѣхъ случаяхъ не въ томъ, чтобы занимать мѣсто женщины и представлять ее, а въ томъ, чтобы являться рядомъ съ нею, или за нею, и помогать ей. Женщина сама произносила юридическую формулу, сама исполняла торжественные обряды, сама касалась символической палочкой отпускаемаго на волю раба, сама ударяла кускомъ руды при манципаціи о чашу вѣсовъ и сама при *conventio in manum* продавала себя мужу [1]). Опекунъ держался лишь возлѣ нея, произносилъ въ рѣшительную минуту формулу—*auctor fio*, и этимъ его роль ограничивалась [2]).

---

[1]) Гай, I, 115, 195; Цицер., *pro Flacco*, 34.

[2]) Ульп. XI. 25. См. также въ дигестахъ титулъ *de auct. tut.*, 26, 8.

Но есть одинъ актъ, по отношенію къ которому неправоспособность женщины безусловна: это—завѣщаніе [1]). Его она не можетъ совершить даже при согласіи всѣхъ своихъ законныхъ опекуновъ, и это исключеніе находится въ полной гармоніи съ общимъ духомъ закона. Въ самомъ дѣлѣ, прижизненные акты, причиняя косвенный ущербъ семьѣ, могутъ быть необходимы или полезны самой женщинѣ [2]); поэтому они подвергаются контролю, но не воспрещаются. Напротивъ, прямымъ послѣдствіемъ и единственной цѣлью завѣщанія является лишеніе или, по крайней мѣрѣ, уменьшеніе наслѣдства семьи. Завѣщаніе женщины стоитъ въ полномъ противорѣчіи съ намѣреніями закона, и позволить опекуну согласиться на него значило бы жертвовать виновной уступчивости послѣдняго священными интересами семьи, которыхъ онъ долженъ быть хранителемъ. Вотъ почему абсолютное запрещеніе закона замѣняетъ здѣсь свободный контроль опекуна.

И все-таки въ одномъ случаѣ женщина можетъ съ согласія опекуна и завѣщать: это—случай *capitis minutio*. Но значитъ ли это, что законъ здѣсь измѣняетъ своему принципу и оставляетъ въ опасности интересы семьи? Совсѣмъ нѣтъ, и мы сейчасъ увидимъ, что даже это такъ плохо понятое еще разрѣшеніе женщинѣ завѣщать свое имущество объясняется тѣмъ же принципомъ защиты семейнаго имущества, который играетъ такую большую роль въ древне-римскомъ правѣ. *Capitis minutio* есть не что иное, какъ перемѣна семьи; для женщины она означаетъ событіе, вводящее ее въ новую семью, разрывающее ея прежнія родственныя связи и лишающее ея старыхъ агнатовъ какъ опеки надъ ней, такъ и будущаго наслѣдованія въ ея имуществѣ. Но если агнаты не состоятъ болѣе ея законными наслѣдниками, то не можетъ-ли она, по крайней мѣрѣ, завѣщать имъ свое имущество и вернуть его такимъ образомъ въ свою семью, утратившую это имущество вслѣдствіе случайнаго событія брака? [3]) Римляне отвѣчали на этотъ

[1]) Цицер., *Topic*, 4; Гай, I, 115, a.

[2]) Напр. дареніе въ пользу выдѣляемыхъ дѣтей, или устанавливаемаго для себя приданаго.

[3]) Если, напр., женщина, *quae convenerat in manum*, не имѣла въ бракѣ дѣтей, то ея братья исключались изъ ея наслѣдства даже самыми отдаленными изъ боковыхъ родственниковъ ея мужа. Въ случаѣ *noxae deditio* наступали, можетъ-быть, еще болѣе несправедливыя послѣдствія. Ср. Іеринга, т. I, стр. 191, т. III, стр. 270.

вопросъ утвердительно и признавали за женщиной въ указанныхъ условіяхъ и право на завѣщаніе. Такимъ образомъ, все объясняется: законъ лишаетъ женщину права на завѣщаніе въ интересѣ семьи и въ томъ же интересѣ семьи возстановляетъ за ней это право; она не можетъ завѣщать, если имѣетъ законными наслѣдниками своихъ агнатовъ; она можетъ завѣщать, если ея завѣщаніе призываетъ къ наслѣдству тѣхъ же агнатовъ.

Мы говорили до сихъ поръ только о законныхъ опекунахъ, кромѣ которыхъ существуютъ еще другіе, и на первое мѣсто между ними римскіе юристы ставятъ опекуновъ по завѣщанію [1]); о нихъ мы и скажемъ въ заключеніе нѣсколько словъ.

Мы видѣли, что отецъ семейства, государь въ своемъ домѣ, располагалъ по усмотрѣнію всѣмъ семейнымъ имуществомъ: онъ могъ лишить своего сына его наслѣдственной доли и, оставляя послѣ себя сына и дочь, могъ съ еще бо́льшимъ основаніемъ лишить сына права контроля и надзора надъ наслѣдственной долей его сестры, которая освобождалась въ такомъ случаѣ отъ законной опеки брата. Чтобы осуществить это намѣреніе, отецъ долженъ былъ назначить дочери въ своемъ завѣщаніи опекуна изъ постороннихъ своей семьѣ лицъ, и это было опекой по завѣщанію. Для женщины такая опека почти равнялась независимости, такъ какъ, будучи чужимъ въ ея семьѣ и не располагая правомъ наслѣдованія въ ея имуществѣ, опекунъ по завѣщанію не имѣлъ интереса стѣснять ее въ распоряженіяхъ по имуществу. Позволить отцу семейства назначить опекуна своей дочери значило въ сущности позволить ему освободить ее отъ всякой серьезной и дѣйствительной опеки. Здѣсь я пока остановлюсь и не буду говорить о томъ, какъ эта опека по завѣщанію послужила прототипомъ для другихъ видовъ опеки того же характера, которыми, т.-е. этими другими и, въ то же время, номинальными опеками, вслѣдствіе ихъ постепеннаго распространенія, настоящая, т.-е. семейная опека, все болѣе и болѣе ограничивалась и лишалась своей прежней почвы. Вдаваться въ этотъ разсказъ значило бы не описывать это учрежденіе, а излагать его упадокъ и разрушеніе, что́ будетъ умѣстнѣе сдѣлать нѣсколько ниже.

[1]) Гай. I, 144, 145, 148.

III.

Никогда христіанскіе законодатели не опредѣляли брака лучше, чѣмъ это дѣлали римскіе юристы, по словамъ которыхъ бракъ есть „союзъ двухъ жизней, сліяніе двухъ имуществъ, общеніе во всѣхъ временныхъ (человѣческихъ) и вѣчныхъ (божественныхъ) интересахъ“ [1]). Въ это античное представленіе о бракѣ входили уже два принципа, легшіе въ основаніе христіанскаго и современнаго брака: нерасторжимость этого союза и моногамія.

Въ древней Греціи мы встрѣчались еще съ кое-какими остатками полигаміи. Въ Италіи, напротивъ, моногамія уходитъ въ такую глубь времени, какъ и самое основаніе Рима. Она проникла такъ глубоко въ нравы римлянъ, что ея принципу, на равнѣ съ законнымъ бракомъ, былъ подчиненъ и конкубинатъ, введенный въ римскія учрежденія впослѣдствіи, въ качествѣ болѣе свободной формы брачнаго союза. И этотъ принципъ нельзя было обойти, какъ въ Аѳинахъ, узаконеніемъ дѣтей, рожденныхъ внѣ брака: древне-римское право исключало на всегда этихъ дѣтей изъ круга семьи и не допускало ни узаконенія ихъ, ни признанія; для того же, чтобы скрытое узаконеніе не проходило подъ формой усыновленія, оно подчиняло и это послѣднее контролю жреческой коллегіи и утвержденію со стороны всего народа [2]).

Принципъ моногаміи находитъ свое естественное дополненіе въ нерасторжимости браковъ, такъ какъ моногамія при легкости разводовъ представляетъ собою, какъ это уже замѣчалось, ничто иное какъ послѣдовательную полигамію. Бракъ въ древнемъ Римѣ нерасторжимъ, хотя эта нерасторжимость не вписана въ законы [3]);

---

[1]) Модестинъ, l. 1 D. 23, 2: „Consortium omnis vitae, individuae vitae consuetudo, divini et humani juris communicatio“.— Титъ Ливій, I, 9: „Societas fortunarum omnium civitatisque“. Діонисій Галик., II, 25: „*Κοινωνία πάντων χρημάτων τε καί ἱερῶν*“. Крупенъ, *de uxore romana*, Hanov, 1727.

[2]) Гай, I, 99.— Понтифы должны *были* освѣдомляться, между прочимъ, и о *нравственности* усыновленія. Цицер., *pro domo*, 13, 14; Aul. Gell., V, 19.

[3]) 12 таблицами *были* регулированы, напротивъ, формы развода. Цицер., *Philipp.*, II, 28: „Mimam suam suas res sibi habere jussit ex XII Tabulis“.—* Ср. Esmein, *la manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain (*Revue générale du droit*, 1883).

римское право, какъ мы это уже показывали, не хотѣло ни вторгаться въ область независимой семьи, ни скрѣплять законнымъ принужденіемъ тѣ узы, которыя возникали на почвѣ естественныхъ привязанностей. Разводъ, если онъ и разрѣшенъ закономъ, запрещенъ религіей и нравами: разрывающій бракъ мужъ совершаетъ безчестіе, которое клеймится порицаніемъ цензора; жрецы подвергаютъ его отлученію, и онъ не можетъ иначе искупить свою вину, какъ внеся часть своего имущества на алтарь тѣхъ боговъ, подъ покровительствомъ которыхъ былъ заключенъ его бракъ [1]). Эта нравственная санкція была такъ дѣйствительна, какъ никогда ни одна санкція закона: разводъ былъ не противозаконенъ, но нравственно невозможенъ, и всѣ древніе авторы сходятся въ утвержденіи, что въ теченіе пяти вѣковъ въ Римѣ не было ни одного примѣра развода [2]).

И довольно сослаться на эти два основныхъ и столь же древнихъ, какъ самый Римъ, принципа,—на принципы моногаміи и нерасторжимости брака,—чтобы показать, чего стóитъ общераспространенное мнѣніе, по которому власть мужа въ древнемъ Римѣ, представляетъ собою самую ужасную изъ всѣхъ тираній [3]). Трудно думать, чтобы мужъ былъ деспотомъ и жена рабой тамъ, гдѣ супружеская вѣрность соблюдалась, какъ ненарушимый и взаимный долгъ обоихъ супруговъ, и, дѣйствительно, болѣе внимательное изученіе вопроса показываетъ, что бракъ въ Римѣ былъ такой ассоціаціей, въ которой власть мужа не исключала вовсе независимости жены. Но чтобы узнать, въ чемъ состояла эта независимость, нужно различать два вида брака: или женщина, хотя и замужняя, оставалась въ своей семьѣ, подъ властью своего отца, или подъ опекой своихъ агнатовъ, или эти связи порывались бракомъ, жена переходила, слѣдуя техническому выраженію, „*in manum mariti*“

---

[1]) Valer. Max., II, ix, 2: „Censores L. Antonium senatu moverunt quod quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum in consilium adhibito“.—Плутархъ, *Romul.*, 22: „*Τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι τοῖς χθονίοις θεοῖς*“. О смыслѣ слова *ἀποδόμενον* см. Rossbach, röm. Ehe, прим. 450; о смыслѣ *θύεσθαι* (*sacer esto*) см. Klenze, Freiheit d. Ehescheidung (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft, т. VII, стр. 27).

[2]) См. выше, стр.

[3]) Это мнѣніе очень распространено особенно во Франціи: жалобы на печальную судьбу женщины *in manu mariti* составляютъ постоянный припѣвъ всѣхъ докторскихъ диссертацій по этому предмету.

и не имѣла болѣе другой семьи, кромѣ той, которую давалъ ей мужъ.

Послѣдній изъ этихъ видовъ брака есть, безспорно, старѣйшій. Древность его происхожденія сказывается въ особыхъ формахъ, сопровождающихъ его совершеніе и повторяющихся почти въ тождественномъ видѣ во всѣхъ древнѣйшихъ законодательствахъ [1]). Поэтому весьма вѣроятно, что въ первые вѣка Рима *manus mariti* была неизбѣжнымъ послѣдствіемъ брака. Съ того дня, какъ новобрачные, передъ брачнымъ ложемъ, принесли общія жертвы богамъ домашняго очага, жена не имѣла иной семьи, иныхъ агнатовъ и иныхъ наслѣдниковъ, какъ семью своего мужа и родственниковъ мужа. Что же дѣлалось съ ея связями по прежней семьѣ, съ правами ея агматовъ на опеку надъ ней и на наслѣдованіе послѣ нея? Все это разрушалось бракомъ, и разрушалось навсегда. Отсюда опасность, обратившая на себя вскорѣ вниманіе законодателя.

Агнаты-опекуны женщины не могли относиться благопріятно къ браку, который отнималъ отъ нихъ всѣ права, и который не могъ совершаться безъ ихъ согласія [2]). Но можно ли было принудить ихъ къ тому, чтобы они поступались своими правами? Нѣтъ, такъ какъ эти права были священны: хранители интересовъ семьи, агнаты обязаны были препятствовать переходу въ чужія руки имущества ихъ предковъ. Чтобы удовлетворить этимъ противоположнымъ интересамъ, нужно было посягнуть на древніе принципы и отдѣлить другъ отъ друга два понятія, которыя казались до того неотдѣлимыми: бракъ и *manus*, т.-е. бракъ и переходъ женщины изъ одной семьи въ другую. Такимъ образомъ, подлѣ античнаго брака съ торжественными формами былъ созданъ новый бракъ, совершаемый простымъ соглашеніемъ и оставляющій женщину въ своей семьѣ и подъ опекой своихъ агнатовъ. Согласіе

---

[1]) *Confarreatio*, составлявшая исключительное достояніе патриціанской и жреческой касты (Boec., *ad Cic. Top.*, 3, изд. Orelli, стр. 229), напоминаетъ въ мельчайшихъ подробностяхъ священный бракъ въ Индіи, дозволенный однимъ браминамъ (Ману, III, 23); присутствіе 10 свидѣтелей, служащихъ представителями 10 gentes куріи, соотвѣтствуетъ въ греческомъ правѣ пріему новобрачной со стороны φράτορες Rossbach, стр. 119, 203.—*Coemptio* есть ничто иное, какъ древній бракъ посредствомъ покупки. См. выше, глава I, § 2.

[2]) Нужно помнить, что согласіе опекуновъ было необходимо для *conventio in manum*, но не для брака.

опекуновъ требовалось попрежнему для древняго брака, сопровождавшагося manus, но его не нужно было болѣе для простого брака, оставлявшаго неприкосновенными права агнатовъ. Эта революція въ области семейнаго режима совершилась или была на пути къ совершенію уже во время изданія законовъ 12 таблицъ [1]).

Однако, новая форма брака не вытѣснила старой: та и другая долгое время существовали совмѣстно [2]), удовлетворяя въ различныхъ условіяхъ одному и тому же интересу. Иногда бракъ въ сопровожденіи *manus* могъ лучше всего обезпечить интересы семьи, изъ которой выходила новобрачная. Если она въ моментъ замужества стояла не подъ опекой, а подъ отцовской властью, т.-е. не имѣла никакого имущества, то *conventio in manum* представляла для агнатовъ одни преимущества: она получала тогда значеніе того же отреченія отъ будущаго наслѣдства, которое, такъ часто сопровождало во французскомъ средневѣковомъ правѣ брачные договоры. Такимъ образомъ, одинъ и тотъ же интересъ, интересъ сохраненія семейнаго имущества, произвелъ одновременно новую форму брака, освобожденную отъ *manus* для женщины-наслѣдницы, и заставилъ удержать старую форму, соединенную съ *manus* для женщины, не успѣвшей еще наслѣдовать.

Я займусь теперь, одной послѣ другой, обѣими этими формами брака и, для ясности изложенія, начну съ болѣе поздней, т.-е. съ брака безъ *manus*. Нерѣдко весь вопросъ затемняется отъ того, что *manus* смѣшивается съ властью мужа. Я попытаюсь отдѣлить то и другое и изслѣдую сначала власть мужа безъ *manus* для того, чтобы показать впослѣдствіи что *manus* прибавляетъ къ этой власти.

1) Уже въ 12 таблицахъ *manus* разсматривается какъ *естественное*, но уже не *необходимое* послѣдствіе брака, и самъ законъ указываетъ, какъ его избѣгнуть путемъ ежегодной *usurpatio trinoctium*. Здѣсь надо отмѣтить еще слѣдующія глубокія различія между римскимъ правомъ, съ одной стороны, и греческими и восточными законами—съ другой. Эти послѣдніе даютъ опекунамъ исключительное право располагать рукой состоящей подъ ихъ опекой сироты (см. выше, стр.); въ Римѣ опекунъ не имѣетъ никакого отношенія къ выбору супруга. Въ Греціи и на Востокѣ семья можетъ быть продолжена и женщиной, тогда какъ въ Римѣ это невозможно, такъ какъ дѣвушка выбираетъ себѣ мужа внѣ семьи, и тесть не можетъ тогда усыновить своего зятя. L. 55 D. 23, 2.

2) *Usus*, предполагающій свободный бракъ, рисуется намъ источниками какъ институтъ, современный *coemptio* и *confarreatio*.

1. Особенность брака заключаемаго безъ *conventio in manum*, состоитъ, какъ уже указывалось, въ томъ, что онъ сохраняетъ жену семьѣ, въ которой она родилась, и не наноситъ никакого ущерба правамъ, которыя ея родственники могутъ имѣть на нее.

Если передъ бракомъ женщина находилась подъ отцовской властью, то и послѣ брака эта отцовская власть продолжаетъ со всей своей энергiей тяготѣть надъ ней. Отецъ можетъ попрежнему располагаетъ ею, вырвать ее изъ рукъ супруга, которому она была отдана имъ же [1]), продать ее, наказать и казнить смертью.

Если передъ бракомъ женщина состояла подъ опекой своихъ агнатовъ, то эти послѣднiе удерживали всѣ свои права на нее и послѣ брака. За исключенiемъ приданаго, которое также не могло быть заказано безъ ихъ разрѣшенiя, они держали въ своихъ рукахъ все ея имущество: она не могла взять изъ него ничего даже въ пользу своего мужа или дѣтей, и, по ея смерти, отдаленнѣйшiе агнаты или *gentiles* исключали изъ ея наслѣдства даже ея дѣтей.

Казалось бы, что этотъ порядокъ, при которомъ женщина, несмотря на бракъ, сохраняла связь со своей прежней семьей и продолжала ей подчиниться, не оставлялъ мѣста для посторонней этой семьѣ власти, власти мужа. И между тѣмъ жена вступала въ подчиненiе и власти мужа, оставаясь въ то же время подъ властью своей семьи: мужъ также имѣлъ право располагать ея личностью, наказывать ея ошибки и проступки и подвергать ее смерти. Замѣтимъ еще особо, что всѣ эти права принадлежали мужу, какъ таковому, и вытекали, слѣдовательно, не изъ *manus*, какъ этому обыкновенно учатъ, а изъ самаго брака [2]). Женщина, вышедшая замужъ безъ посредства *conventio in manum*,

---

[1]) Ennius, *ap. auct. ad Herenn.*, II, 24; Afranius, *ap. Non.*, voc. *Spurcum*.

[2]) Aul. Gell., X, 23; Val. Max., II, IX, 2; Тацитъ Анн., XIII, 32. У послѣдняго изъ авторовъ дѣло идетъ вовсе не о женщинѣ *in manu* такъ какъ *manus* въ это время вышла изъ употребленiя. Тацитъ, Анн., IV, 16. Ср. Hase, *de Manu comm.*, Halis, 1847, стр. 54.—* Ср. Esmein, Le délit d'adultere à Rome et la loi Julia des Adulteriis coercendis (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1878).

принадлежала одновременно и своей семьѣ, и мужу: отцовская и опекунская власть, съ одной стороны, и власть мужа, съ другой, конкуррировали между собою, не подвергаясь взаимному исключенію.

Эта конкуренція властей не могла вести къ столковенію между мужемъ и опекунами. Опекуны имѣли право только на имущество жены, мужъ—только на ея личность, и лишь въ отношеніи приданаго, если оно было выдано ему, онъ распоряжался безконтрольно. Такимъ образомъ, власть мужа и власть опекуновъ касались различныхъ предметовъ и могли свободно вращаться каждая въ своей области, не соприкасаясь другъ съ другомъ. Того же нельзя сказать о власти мужа и власти отца; онѣ были обѣ неограничены и исключительны; столкновеніе между ними—неминуемо, и вѣчный раздоръ былъ бы поселенъ въ самомъ сердцѣ семьи, если бы римляне не знали одной умѣряющей власти, которая примиряла и единила обоихъ соперниковъ. Такой посреднической властью былъ семейный судъ.

Этотъ семейный судъ дополнялъ патріархальную организацію древне-римской семьи. Онъ объединялъ собой исполнительную власть съ совѣщательной, и, благодаря этому суду, семья могла управляться сама собою и составлять въ центрѣ государства какъ бы независимую республику. Современные юристы старались иногда опредѣлить точно составъ, подвѣдомственность и производство этихъ семейныхъ судовъ; но эти старанія оставались и должны были оставаться тщетными. Настоящая юрисдикція не имѣетъ ничего общаго съ публичной магистратурой; она регулируется не законами, а нравами.

Авторитетъ ея, составляя родъ домашней цензуры, чисто нравственный, и измѣчивая, неопредѣленная организація стоятъ здѣсь въ зависимости только отъ обычаевъ, не вызывая никогда законодательной регламентаціи. Такъ, этотъ судъ составляется не изъ законной семьи, не изъ агнатовъ, но изъ естественной семьи, т.-е. *когнатовъ*, ближнихъ, а иногда даже друзей [1]). Его компетенція,

---

[1]) *Συγγενεῖς* (Діонисій Галикарн. II, 25); *cognati* (Valer. Max., VII, III, 7; Титъ Ливій, XXIX, 18; epit. XLVIII); *propinqui* (Светоній, *Tiber.*, 35; Тацитъ, *Анн.*, II, 50); *amici* (Val. Max., II, IX, 2; Aul. Gell., XVII, 21. Плавтъ, *Stich.*, act. I, sc. 2, v. 71; *necessarii* (Val. Max., V, VIII, 3; VI, I, 1); *adfines et amici* (l. 6 D. XXVII, 2).

какъ и составъ, не поддаются точному опредѣленію. Онъ выступаетъ въ случаѣ всѣхъ важныхъ событій въ жизни семьи: занимаетъ первое мѣсто при обрученіи молодой дѣвушки, равно какъ и при церемоніи одѣванія тоги зрѣлости юношей, выходящимъ изъ-подъ опеки, радѣетъ объ интересахъ сиротъ[1]), присутствуетъ на судѣ отца семейства, карающаго проступки своей жены и своихъ дѣтей.

Конечно, во всѣхъ этихъ обстоятельствахъ семейное собраніе не вооружено ни принудительной ни какой бы то ни было законной властью: отецъ семейства, расторгающій свой бракъ, или предающій смерти своего сына, не созывая совѣта своихъ родственниковъ и друзей, или дѣйствуя вопреки рѣшенію этого совѣта, не нарушаетъ никакого закона; но онъ поднимаетъ противъ себя общественное мнѣніе, вызываетъ порицаніе цензора[2]) и рискуетъ даже уголовнымъ преслѣдованіемъ передъ народомъ, который, выступая одновременно законодателемъ и судьей, можетъ всегда прійти на помощь молчащему закону и отомстить за поруганную нравственность[3]).

Въ отношеніи женщинъ семейный совѣтъ надѣленъ особымъ авторитетомъ. Часто государство поручаетъ ему, для избѣжанія соблазна, исполненіе наказаній, къ которымъ онѣ приговариваются въ публичномъ судѣ[4]). Женщина въ теченіе всей своей жизни подчинена нравственной власти этого семейнаго совѣта: если она находится подъ отцовской властью, семейный совѣтъ стоитъ подлѣ отца; если она — сирота, семейный совѣтъ такъ же наблюдаетъ за ея нравственными интересами[5]), какъ опекунъ — за имуще-

---

[1]) App., *de Bell. civ.*, IV, 30; L. 1 C. XI, 15; D. 27, 2.—Вмѣшательство претора есть нововведеніе болѣе поздняго происхожденія.

[2]) Val. Max., II, ix, 2; Цицер., *de Republ.*, IV, 6.

[3]) Сенека, *de Clement.*, I, 14; Плиній, *Hist. nat.* XIV, 14.—Но въ подобномъ судѣ не слѣдуетъ видѣть *законнаго ограниченія* власти отца или мужа. „Народъ въ уголовномъ судѣ, говоритъ Гейбъ (*Geschichte des römisch. Kriminalpr.*, стр. 126), можно сравнивать съ судьями въ Аѳинахъ: его считали стоящимъ не ниже, а выше закона, и способнымъ восполнять послѣдній въ силу своей законодательной власти".

[4]) Титъ Ливій, XXXIX, 18: „Mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant ut ipsi in privato animadverterent in eas". Val. Max., IV, iii, 7; Светоній, *Tiber.*, 35.

[5]) Такъ, онъ вступался въ избраніе супруга. См. выше, стр. 113 прим.

ственными; если, наконецъ, она выходитъ замужъ, то ничего не измѣняется ни въ составѣ, ни въ функціяхъ этого совѣта, кромѣ того что въ него вступаетъ новый членъ, ея мужъ. Этотъ послѣдній такъ же, какъ и отецъ семейства, не упускаетъ созывать въ совѣтъ родственниковъ своей жены, когда дѣло идетъ о судѣ надъ ней или ея наказаніи. Такимъ образомъ, отецъ и мужъ встрѣчаются въ одномъ и томъ же семейномъ собраніи и отправляютъ свою власть съ общаго согласія [1]).

Таково положеніе женщины, выходящей замужъ безъ *conventio in manum*. Посмотримъ теперь, каково оно при вступленіи ея подъ *manus* мужа.

2. Особенность *manus*—производить радикальную и невозвратимую перемѣну въ семейномъ положеніи. Женщина перестаетъ быть *filia familia* своего отца, агнатомъ своихъ опекуновъ; отецъ теряетъ всякую власть надъ нею, опекуны — всѣ права опеки и наслѣдованія.

Это—отрицательныя послѣдствія *manus*. Но каково ея положительное дѣйствіе, каково положеніе женщины въ ея новой семьѣ? Источники говорятъ, что она—*loco filiae* [2]) и, привязываясь къ буквѣ этой законной формулы [3]), многіе авторы считаютъ *manus* тождественной съ властью отца семейства и аналогичной съ властью господина надъ рабомъ. Я осмѣлюсь уклониться здѣсь отъ общепринятаго мнѣнія и надѣюсь показать, что *manus*, по крайней мѣрѣ въ послѣдней исторической формѣ своего выраже-

---

[1]) Діонисій Галик., II, 25: „*Οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον*". Тацитъ, *Анн.* XIII, 32: „Is prisco, instituto, propinquis coram, de capite famaque conjugis cognovit". Если согласіе между отцомъ и мужемъ не достигалось, то побѣда должна была остаться за отцомъ, который могъ всегда расторгнуть бракъ и отобрать дочь отъ мужа.

[2]) Гай, I, 111, 114, 115 bis, 118, 136; II, 139, 15; III, 3; Ульп., XXII, 14; Collat., XVI, п, 14. Слова *manus* и *potestas* употребляются иногда какъ синонимы. Сервій, *ad Aeneid.*, IV, v. 103; Титъ Ливій, XXXIV, 27 (servitus muliebris); Ульп. l. 4 D. 1, 1.— * О *manus* см. Voigt, *Die 12 Tafeln*, §§ 92—100, 157—162.—Esmein, *la manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain.*

[3]) Чтобы показать, какъ неправильно это чисто-буквальное толкованіе, довольно примѣнить его къ текстамъ, которые говорятъ, что дитя *in mancipio* стоитъ *loco servi*, что *bonorum possessor* „in omni causa *loco haeredis*" и т. д...

нія, есть особая власть, различная отъ власти отца семейсгва, отъ *potestas*—не только въ деталяхъ, но и въ самой своей сущности. Это различіе состоитъ, если я не обманываюсь, въ томъ, что *potestas* имѣетъ своимъ предметомъ личность дѣтей или рабовъ, тогда какъ *manus*, подобно опекѣ, не даетъ сама по себѣ никакихъ правъ на личность жены и упражняется только на ея имуществѣ.

Доказательство въ пользу этого положенія я нахожу у Гая, который говоритъ: „Мы можемъ пріобрѣтать черезъ нашихъ дѣтей или рабовъ какъ собственность, такъ даже и владѣніе. Мы можемъ пріобрѣтать равнымъ образомъ собственность и черезъ женщинъ, стоящихъ *in manu nostra*, но весьма сомнительно, чтобы мы могли пріобрѣтать черезъ нихъ и владѣніе, такъ какъ ими самими мы не владѣемъ“ [1]). Не ясно ли этимъ сказано, что, такъ какъ *potestas* поражаетъ личность и самое тѣло дѣтей и рабовъ, то все, чѣмъ эти послѣдніе владѣютъ физически (*corpore*), стоитъ уже поэтому во власти и во владѣніи отца семейства, тогда какъ *manus*, затрогивая только имущество жены и не сообщая никакихъ правъ на ея личность, можетъ вести къ пріобрѣтенію лишь того, что входитъ въ ея имущество, а не того, чѣмъ она физически владѣетъ?

Другое примѣненіе того же различія состоитъ въ томъ, что отецъ можетъ продать своего сына и раба или, въ случаѣ причиненія тѣмъ или или другимъ какого-либо ущерба, выдать ихъ въ видѣ вознагражденія тому, кто потерпѣлъ отъ нихъ этотъ ущербъ. Напротивъ, жена, состоящая *in manu*, не можетъ быть ни продана, ни уступлена въ видѣ вознагражденія за ущербъ, ни отдана въ усыновленіе [2]); мужъ можетъ назначить ей лишь опекуна, такъ какъ опека, какъ и *manus*, имѣетъ своимъ предметомъ одно имущество жены.

Безъ сомнѣнія, мужъ имѣетъ права и на личность жены, но эти права онъ извлекаетъ изъ самаго брака, къ которому *manus*

---

[1]) Гай, II, 89, 90.

[2]) Hase, *de Manu*, стр. 77, 113 и слѣд...—Деликтъ жены не даетъ мѣста ноксальному иску противъ мужа. Гай, IV, 80: „...quod vero ad eas personas quae *in manu* mancipiove sunt, quotiens aut ex contractu *aut ex maleficio* (ed. Lachmann) earum ageretur, nisi... *in solidum defendantur*“ etc...

не прибавляетъ въ этомъ отношении ничего [1]). Если дѣло идетъ, напр., о томъ, чтобы наказать проступки жены или расторгнуть бракъ съ нею, мужъ долженъ призвать на семейный совѣтъ ея отца и родственниковъ, все равно, состоитъ она *in manu* или нѣтъ. Ничего не значитъ, что права отца и агнатовъ утрачены за силой *manus;* остаются естественные родственники, когнаты жены, и этого титула довольно для того, чтобы они могли защищать ее и наблюдать за ея правами.

И такъ *manus* не измѣняетъ личныхъ отношеній супруговъ, но вліяетъ на ихъ имущественные интересы. Если бы сюда примѣнить языкъ современнаго права, то можно было бы сказать, что это—извѣстный порядокъ имущественныхъ отношеній супруговъ, и что этотъ порядокъ приближается къ тому, который мы называемъ теперь полной общностью имуществъ супруговъ (communauté universelle). И съ точки зрѣнія этихъ имущественныхъ отношеній жена *in manu* занимала, дѣйствительно, положеніе дочери, являлась буквально loco filiae. Иначе не могло и быть, такъ, какъ намъ уже извѣстно, что въ древне-римской семьѣ имущество отца и дѣтей было едино: въ это единое имущество поступало все, чѣмъ владѣла и что могла пріобрѣсти впослѣдствіи и женщина, вступавшая въ семью на основаніи *conventio in manum.* Пока живъ былъ отецъ семейства, все это семейное имущество находилось въ его рукахъ: онъ являлся, въ обширнѣйшемъ сравнительно съ нашими современными понятіями смыслѣ, главой и хозяиномъ общаго имущества [2]). По его смерти, это общее имущество раздѣлялось между вдовой и дѣтьми: первая получала такую же часть, какъ каждый изъ послѣднихъ; при отсутствіи дѣтей все общее имущество переходило ко вдовѣ, и она одна наслѣдовала своему мужу. Кромѣ того, объединеніе имущества мужа съ ея иму-

---

[1]) Такъ, не обладая *manus,* онъ можетъ предъявить иски *de exhibenda uxore* и *de injuria* въ случаяхъ удержанія или оскорбленія жены. Гай, III, 221: „Pati injuriam videmur... per uxores nostras *quamvis in manu non sint*" (Lachmann): 2, Inst. 4, 4; Павелъ, *Sent.*, V, 4, § 3. Если же *actio furti* связана съ положеніемъ похищенной жены *in manu* (Гай, III, 199), то объясненіе просто: основаніе этого иска лежитъ всегда въ имущественномъ интересѣ.

[2]) Цицер., *de Offic.*, I, 17; Colum., XII, pr.; Inscr. de Thuria, I, 38; II, 37.

ществомъ производило то, что всѣ агнаты мужа дѣлались ея наслѣдниками, а она, въ свою очередь, ихъ наслѣдницей.

Не имѣя собственнаго имущества, жена *in manu* могла, тѣмъ не менѣе, какъ и *filia familias*, лично обязываться, не нуждаясь для этого въ разрѣшенiи мужа, могла имѣть пекулiй, т.-е. отдѣльное имущество, и даже приданое[1]). Это послѣднее представляется, однако, болѣе сомнительнымъ, такъ какъ, передъ заключенiемъ *conventio in manum*, она не могла выговорить себѣ права обратнаго полученiя, въ случаѣ развода, всего или части того имущества, которое она приносила мужу. Но въ занимающую насъ эпоху такого рода соглашенiя, равно какъ и самый разводъ, были еще слишкомъ рѣдкими фактами для того, чтобы на нихъ стоило настаивать; къ тому же намъ придется еще вернуться къ этому вопросу.

Я кончу разсужденiе о *manus* общимъ взглядомъ на ходъ развитiя этого учрежденiя. Первоначально это былъ существенный элементъ брачнаго союза; впослѣдствiи бракъ сталъ возможнымъ и безъ *manus*. Оставалось сдѣлать еще шагъ, чтобы завершить полное разъединенiе этихъ институтовъ. Слѣдовало допустить обратную возможность—*manus* безъ брака, и прогрессъ идеи привелъ дѣйствительно римлянъ и къ этому результату. Если *conventio in manum* сводилась почти исключительно къ соглашенiю объ имуществѣ, то почему было не предоставить женщинѣ входить въ подобное же соглашенiе и съ постороннимъ лицомъ — такъ, какъ бы это послѣднее было ея мужемъ? Тогда было бы найдено легкое средство порывать семейные узы и освобождаться отъ опеки агнатовъ. Мы увидимъ въ слѣдующей главѣ, что такова была въ самомъ дѣлѣ послѣдняя роль, сыгранная *manus* въ исторiи римскаго права, и что это учрежденiе, бывшее сначала однимъ изъ устоевъ патрiархальной семьи, стало служить, подъ влiянiемъ новыхъ нравовъ, разрушенiю этой самой семьи и освобожденiю женщины.

---

[1]) См. выше, стр. 99; ниже—стр. 137; Плавтъ, *Cas.*, act. II, sc. 2, v. 26; Теренцiй, *Andr.*, act. I, v. 270.

ГЛАВА V.

Періодъ второй.

I.

Римское право въ изложенномъ выше видѣ, характеризуемое почти первобытной простотой своихъ патріархальныхъ учрежденій и почти варварской грубостью своего судопроизводства, могло подойти только къ маленькой и бѣдной республикѣ, какой и былъ въ первое время этотъ городъ земледѣльцевъ и солдатъ, ставшій впослѣдствіи столицей міра. Въ настоящей главѣ я хотѣлъ бы показать, какъ это, сначала чисто мѣстное, право, путемъ медленнаго, правильнаго и почти нечувствительнаго развитія, сдѣлалось такимъ широкимъ и истинно-человѣчнымъ, что народы самыхъ различныхъ нравовъ и происхожденія начали покидать со всѣхъ сторонъ свои національныя учрежденія и становиться, какъ бы по общему согласію, подъ его владычество.

Такимъ удивительнымъ успѣхомъ римское право обязано, главнымъ образомъ, качествамъ, обусловленнымъ самымъ его происхожденіемъ. Стѣсненное въ своемъ первомъ развитіи узкимъ формализмомъ жреческой юриспруденціи, оно получило отъ этого больше силы и сосредоточенной энергіи. Это здоровое стѣсненіе было для дѣтства римскаго права тѣмъ же, чѣмъ является для человѣка сильное и строгое воспитаніе. Какъ суровая дисциплина лагеря и отцовскаго дома была необходима для закаленія характера молодыхъ римлянъ и приготовленія ихъ практикой строгаго повиновенія къ роли будущихъ властителей міра, такъ же, можетъ-быть, и римское право должно было вынести продолжительное и непреклонное иго жреческой юриспруденціи—для того, чтобы сдѣлаться впослѣдствіи высшимъ правомъ и общимъ закономъ народовъ.

Но къ своимъ врожденнымъ свойствамъ римское право сумѣло присоединить позднѣе и другія, которыхъ ему недоставало въ собственномъ организмѣ и которыя были заимствованы имъ извнѣ. Раздвигая постоянно свои границы, римское могущество встрѣтилось вскорѣ съ греческой цивилизаціей, распространенной тогда

по всему берегу Средиземнаго моря, отъ Кумъ до Византіи. Всѣмъ извѣстно, что Римъ обязанъ Аѳинамъ своимъ искусствомъ, своей литературой, своей философіей; но менѣе извѣстно то, что онъ обязанъ Греціи также реформой своихъ законовъ, и что въ томъ преобразованномъ римскомъ правѣ, которое стали называть „писаннымъ закономъ", греческій элементъ занимаетъ не меньше мѣста, чѣмъ римскій. Въ предшествующей главѣ я противополагалъ древнее квиритское право греческому. Теперь я покажу, какъ эти противоположныя права слились въ одно.

Греческое вліяніе проникло въ Римъ черезъ нравы, и едва суровыя дѣти Ромула вкусили сладости утонченной и развращенной цивилизаціи, какъ они превзошли въ порокѣ самихъ грековъ. Границами испорченности нравовъ у грековъ служили, съ одной стороны, свойственныя этому народу умѣренность и трезвость, а съ другой, самое зависимое положеніе женщины. Та же испорченность, распространяясь въ Римѣ, не встрѣчала никакихъ преградъ: грубые и неудержимые по природѣ, римляне отдались ей безъ всякой мѣры, и такъ какъ женщины пользовались у нихъ большой свободой, то развратъ проникъ внутрь семьи и загрязнилъ даже святилище очага. Очагъ во время Цезаря или Клавдія пересталъ даже быть святилищемъ; это не былъ болѣе тотъ древній алтарь, у котораго цѣломудренная матрона поддерживала священный огонь и приносила ежедневныя жертвы домашнимъ богамъ. Онъ сталъ служить инымъ, исключительно свѣтскимъ, цѣлямъ [1]). Преобразовался также *atrium*. Современный путешественникъ, осматривающій развалины Помпеи и желающій отыскать въ нѣкоторыхъ изъ ея сохранившихся пустынныхъ домовъ слѣды древней семейной жизни, не находитъ на мѣстѣ античнаго atrium'а ничего, кромѣ открытаго двора съ бассейнами и фонтанами [2]). Здѣсь разбогатѣвшій римлянинъ принималъ толпу кліентовъ и просителей. Не видно болѣе, какъ прежде, полотенъ и веретенъ матроны, брачной постели и огня, зажженнаго на алтарѣ домашнихъ боговъ. Исчезли даже изображенія предковъ; вмѣсто этихъ восковыхъ масокъ, снятыхъ съ лица мертвыхъ и сохранявшихся,

---

[1]) Сервій, *ad. Aeneid.*, II, v. 469. Варронъ, *ap. Nonium*, I, 273.

[2]) Плиній, *Hist. nat.*, XXXIV, 9; XXXV, 2. Новые римскіе дома строились и располагались, вѣроятно, по образцу греческихъ. Becker и Rein, *Gallus*, т. II, стр. 209 и слѣд.

согласно древнему культу, вокругъ домашняго очага, появились бюсты изъ серебра или мрамора, купленные случайно въ мастерской какого-нибудь греческаго артиста и украшавшіе собою пестрый *atrium* новаго богача [1]). Волна новыхъ людей, иностранцевъ, вольноотпущенниковъ, наводнила республику; старые патриціанскіе роды вымерли, а съ ними — и культъ предковъ, и духъ семьи, и привязанность къ нравамъ прошлаго. Уже къ концу республики древніе *gentes* совсѣмъ разложились, и въ самой семьѣ распустились сразу всѣ ея связи [2]): агнаты, не объединенные болѣе общимъ культомъ и жертвоприношеніями, стали чужими другъ для друга; браки, прежде неразрывные, сдѣлались чисто-преходящими союзами, то разрываемыми, то вновь заключаемыми по побужденіямъ корысти и распутства [3]); отцовская власть, оторванная отъ религіи и не смягченная болѣе любовью, обратилась въ ненавистное иго, отъ котораго дѣти старались избавиться всѣми средствами, не исключая доноса и отцеубійства [4]).

Это измѣненіе въ нравахъ должно было повлечь за собою измѣненіе и во всемъ законодательствѣ. Я уже говорилъ о томъ, что весь строй древняго Рима покоился на законѣ и нравахъ. Законъ былъ узокъ, недостаточенъ, но вездѣ, гдѣ его не хватало, на выручку являлись нравы. Когда же одного изъ этихъ устоевъ не стало, все зданіе римскаго общественнаго строя должно было бы рухнуть, если бы на мѣстѣ погибшихъ нравовъ не было немедленно создано новыхъ законовъ. Судя о римлянахъ только по ихъ законамъ, можно было бы подумать, что нравственность и

---

[1]) Плиній, XXXV, 2, § 4; Marquardt, *Privatalterthümer*, стр. 246 и слѣд.

[2]) Поразительныя доказательства этого мы имѣемъ въ эпиграфіи. Во время республики каждый римскій гражданинъ носилъ, кромѣ своего собственнаго имени (*praenomen*), еще особое *nomen*, обозначавшее его *gens*, и особое *cognomen*, относившееся къ семьѣ. Съ начала Имперіи всѣ эти различія стираются, и выскочки безъ gens и семьи забираютъ себѣ по тщеславію массу именъ, какъ въ другія времена мы наблюдаемъ то же самое по отношенію къ титуламъ дворянства.—Zell, Rom. Epigr., II, § 35.

[3]) Извѣстно мѣсто изъ Сенеки (*de Benef.*, III): „Numquid jam ulla repudio erubescit postquam inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant, et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii“.

[4]) Vell. Paterc., II, 67: „In proscriptos... servorum fidem aliquam, filiorum nullam: adeo difficilis est hominibus utcunque conceptae spei mora“.

добродѣтели этого народа прогрессировали изъ поколѣнія въ поколѣніе и никогда не блистали такимъ чистымъ свѣтомъ, какъ въ вѣкъ Августа и Тиверія. Въ первые вѣка законодатель не думалъ преслѣдовать ни обмана, ни насилія, ни несправедливаго развода, ни незаслуженнаго лишенія наслѣдства, ни возмутительнѣйшихъ злоупотребленій властью отца и мужа. Куда нравственнѣе стали законы во времена Августа! Они преслѣдуютъ обманъ и даютъ всюду удовлетвореніе оскорбленному чувству справедливости; они защищаютъ женщину, дитя и даже раба отъ варварства отца семейства и господина, объявляютъ недѣйствительнымъ несправедливое лишеніе наслѣдства, осуждаютъ разводъ, наказываютъ прелюбодѣяніе и хотятъ даже вознаграждать семейныя добродѣтели, осыпая своими милостями супруговъ, производящихъ многочисленное потомство [1]). Но обманываться этимъ не слѣдуетъ: изобиліе законовъ, издаваемыхъ въ интересѣ нравственности, есть вѣрный симптомъ общественной безнравственности. Нравственность обращается къ послѣдней и безсильной для нея санкціи закона именно тогда, когда она перестаетъ руководить совѣстью гражданъ. Убѣдиться въ этомъ можно на примѣрѣ Рима: законодательство его стало заниматься нравственностью тогда, когда ея уже не было [2]).

Это новое законодательство, основанное на одной естественной справедливости и столь противоположное древнему квиритскому праву, имѣетъ своимъ прототипомъ и образцомъ греческій законъ. Въ новомъ римскомъ правѣ [3]), какъ и въ правѣ Аѳинъ, справедливость преобладаетъ надъ строгимъ правомъ, содержаніе — надъ формой, истинная воля сторонъ — надъ произнесенными ими словами; обманъ и насиліе наказываются, добрая совѣсть защищается противъ всѣхъ ухищреній кляузы. Какъ и въ Аѳинахъ, законъ заходитъ въ предѣлы семьи, регламентируетъ всѣ ея отношенія,

[1]) Вспомнимъ законы: Cornelia—противъ отцеубійства, Petronia—въ пользу рабовъ, Julia—противъ прелюбодѣянія, P. Poppaea—противъ безбрачія, многочисленные законы противъ роскоши; иски: de dolo, metus, Pauliana, querella inofficiosi testamenti и т. д...

[2]) Титъ Ливій, XXXIV, 4: „Sicut ante morbos necesse est cognitos esse quam remedia eorum, sic cupiditates prius natae sunt quam leges quae iis modum facerent".

[3]) *Jus gentium*—право иностранныхъ народовъ, а иностранной цивилизаціей для римлянъ была греческая цивилизація.

ставитъ дѣтей подъ охрану общественной власти, обезпечиваетъ за женою приданое и побуждаетъ къ браку даже принужденіемъ. Всѣ эти нововведенія, какъ ни противны они кажутся римскому духу, неизбѣжны: римскіе нравы подвергаются греческому вліянію, и римскіе законы должны необходимо испытать то же вліяніе.

Во всякомъ случаѣ, древніе законы были не такъ уничтожены чужеземнымъ вліяніемъ, какъ древніе нравы: они подверглись только исправленію и дополненію. Введенное извнѣ право, *jus gentium*, не вытѣснило національнаго права, *jus civile*, а заняло мѣсто рядомъ съ послѣднимъ. Двойственность, отмѣченная нами въ первобытномъ римскомъ правѣ, показалась здѣсь въ новой формѣ: изъ глубины каждаго учрежденія выступало, какъ и прежде, два начала, различныхъ и противоположныхъ другъ другу. Въ древнюю эпоху этими началами были: законъ и нравы, право и справедливость, гражданская юрисдикція и дѣятельность цензора. Въ новомъ законодательствѣ мы видимъ еще болѣе разительный контрастъ: съ одной стороны видимъ строгое право, съ другой—справедливость; съ одной стороны, судъ, связанный законными формулами [1]), съ другой—судей, покровительствующихъ доброй совѣсти и исполняющихъ функціи цензоровъ [2]); наконецъ, здѣсь—контракты, въ которыхъ все зависитъ отъ внѣшней формы и произнесенныхъ словъ, тамъ—договоры, гдѣ намѣренія сторонъ составляютъ единственный законъ.

Но эти двѣ системы права не могли соприкасаться продолжительное время безъ того, чтобы не воздѣйствовать другъ на друга: интерпретируемыя одними и тѣми же юристами, примѣняемыя въ однихъ и тѣхъ же судахъ, *jus civile* и *jus gentium* должны были сообщить другъ другу свои относительныя свойства. Это, дѣйствительно и случилось: древній римскій формализмъ при треніи съ новымъ правомъ утрачивалъ мало-по-малу свою прежнюю суровость и крутость, и право справедливости, въ свою очередь, при-

---

[1]) Система формулярнаго процесса, насколько она касалась, по крайней мѣрѣ, *stricta judicia*, была не менѣе формалистична, чѣмъ система *legis actiones*; единственное различіе въ этомъ отношеніи состояло въ томъ, что тяжущійся самъ произносилъ законную формулу въ древнѣйшемъ процессѣ, а въ позднѣйшемъ—ее писалъ преторъ.

[2]) „Iudex pro censore est“, говоритъ Катонъ объ одномъ изъ такихъ рѣшеній. Aul., Gell., X, 23.

соединяясь къ римскому закону, получало отъ него тѣ точныя и правильныя формы, въ которыя греческій геній, слишкомъ умозрительный, не могъ его облечь [1]). Посредниками въ этомъ процессѣ служили преторы, которые, избираясь ежегодно народомъ, но привязанные также къ традиціямъ древней юриспруденціи [2]), представляли въ одно время и новый духъ, и духъ прошлаго. Распоряжаясь судебными исками, они умѣли своими возраженіями *(exceptiones)*, основанными на справедливости, сгибать даже неумолимую строгость древняго права и, въ то же время, подчинять самую справедливость суровымъ законамъ и точнымъ формуламъ своего традиціоннаго судопроизводства. Установленное ими такимъ образомъ право соединило и комбинировало гармонически самыя противоположныя черты: многообразіе и единство, широту принциповъ и точность формъ, духъ прогресса и духъ охраненія,—словомъ, греческій духъ и римскій духъ. Это сліяніе обоихъ геніевъ совершалось одновременно и въ правѣ, и въ литературѣ: языкъ латинскій и право римское распускались, такъ сказать, совокупно въ животворящемъ воздухѣ, сообщавшемся съ береговъ Аттики и въ правѣ, какъ и въ литературѣ, греческая мысль, концентрируясь въ римской формѣ, проникалась новой энергіей и запечатлѣвалась новымъ величіемъ.

Что же сталось съ семейнымъ строемъ среди этого общаго преобразованія въ римскомъ законодательствѣ? Я показалъ выше, что античная семья управлялась болѣе нравами, чѣмъ законами, и что единственную узду противъ злоупотребленій отцовской власти составляла скорѣе нравственная, нежели юридическая власть семейнаго суда и цензора. Но нравственной власти не можетъ быть тамъ, гдѣ нѣтъ болѣе нравовъ. Поэтому съ распущенностью нравовъ семейный судъ и цензура пришли въ полный упадокъ, и отцовская власть стала свободна отъ всѣхъ своихъ ограниченій какъ разъ въ то время, когда общее ослабленіе семейныхъ привязан-

---

[1]) Я приведу въ видѣ примѣровъ такого двойного измѣненія: 1) въ *jus civile—вербальный контрактъ* (*sponsio, stipulatio*), котораго формы пріобрѣли съ теченіемъ времени такую широту и гибкость, что его стали относить къ системѣ *jus gentium*, 2) въ *jus gentium—fideicommis*, котораго правила дѣлались, напротивъ, постепенно такъ точны и неподвижны, что его старались сравнять съ легатомъ.

[2]) *Edicta perpetua, tralatitia.*

ностей дѣлало ее особенно тиранической и невыносимой. Требовалось неотложное вмѣшательство закона въ семейныя сношенія, и этимъ положеніемъ дѣла ловко воспользовалась политика Цезаря и Августа, всюду заносившая свою руку. Мы знаемъ, что, когда господствовала патриціанская олигархія, каждая семья, управляясь собою безъ помощи магистратовъ и законовъ, составляла какъ бы родъ особой республики, и что глава этой республики, отецъ семейства, окруженный своими нисходящими, кліентами, вольноотпущенниками, представлялъ собою почти независимаго государя. Ревнивый деспотизмъ Цезарей долженъ былъ сломить эту независимость и свести на одинъ уровень отца и сына, патрона и кліента, патриція и плебея, рожденнаго свободнымъ и вольно-отпущенника.

Уже съ конца Республики можно видѣть отпаденіе куска за кускомъ такъ крѣпко связанныхъ прежде въ одинъ пучокъ правъ отцовской власти. Если отецъ лишалъ сына наслѣдства, судъ уничтожалъ его завѣщаніе; если онъ отказывался или пренебрегалъ женить сына, магистратъ принуждалъ его къ этому; если онъ его убивалъ, императоръ посылалъ его въ ссылку; если онъ дурно обращался съ дѣтьми, императоръ предписывалъ ихъ эманципацію; даже болѣе—если онъ дурно обращался и съ рабами, магистратъ обязывалъ его отпустить ихъ на волю или продать, лишая его, такимъ образомъ, собственности, по образу экспропріаціи въ общественномъ интересѣ: „ибо—говорили тогдашніе юристы—государство заинтересовано въ томъ, чтобы никто не злоупотреблялъ своимъ имуществомъ“ [1]). Государственный судья занялъ мѣсто древняго семейнаго судьи; одному государству принадлежало право наказанія, и если отецъ семейства заносилъ руку, магистратъ останавливалъ ее. Вмѣстѣ съ правами на личность дѣтей, отецъ семейства терялъ свои права и на ихъ имущество: начиная съ Августа, извѣстные виды дѣтскаго имущества, или пекулія, не подлежали болѣе по закону дѣйствію отцовской власти, и сынъ, признанный ихъ собственникомъ, можетъ свободно распоряжаться ими, даже по завѣщанію [2]). На равнѣ съ дѣтьми, и

---

[1]) Inst., I, 8, § 2; Гай, I, 53; L. 19 D. 23, 2; l. 5 D. 48, 9: l. 5, D. 37, 12: l. 2, 11, § 2 D. 48, 8; Светоній, *Claud.*, 25; Spart., *Hadr.*, 18.

[2]) *Peculium castrense*. Ulpianus, XX, 10; Inst., II, 12, pr.

рабы съ вольноотпущенниками получали новыя права, и власть патрона ослаблялась и распускалась, какъ и всѣ остальныя семейныя власти [1]). Наконецъ, среди этого общаго разложенія древней семьи, женщина также завоевала себѣ бо́льшую независимость и освободилась сразу какъ отъ опеки, такъ и отъ *manus*. Это приводитъ насъ къ спеціальному предмету нашего изслѣдованія, и мы разсмотримъ сейчасъ вліяніе на юридическое положеніе женщины указанной выше двойной революціи въ римскихъ нравахъ и законахъ.

Въ этомъ отношеніи новый законодатель подчиняется поочередно, какъ будто, двумъ различнымъ и, можно сказать, почти противоположнымъ тенденціямъ: то онъ снимаетъ съ женщины всѣ лежащія на ней по древнему праву ограниченія правоспособности, то онъ самъ налагаетъ на нее новыя, неизвѣстныя до того ограниченія. Одинъ и тотъ же фактъ объясняетъ и оправдываетъ обѣ эти противорѣчивыя тенденціи. Женщина удерживалась прежде въ зависимости отъ родственниковъ и агнатовъ аристократическимъ принципомъ сохраненія семейнаго имущества; при демократическомъ и, въ то же время, деспотическомъ режимѣ Цезарей получили силу другія начала. Всѣ семейныя узы, служившія препятствіемъ къ независимости женщины—опека, *manus*, власть отца, мужа, семейный судъ—были за разъ порваны или чрезвычайно ослаблены, такъ что эманципація женщины была бы уже вполнѣ достигнута, если бы законодатель не увидѣлъ необходимости въ созданіи ограниченій правоспособности иного порядка, чѣмъ тѣ, которыя имъ же были уничтожены.

Эти новыя ограниченія правоспособности введены въ интересахъ нравственности. Нужно замѣтить, что римляне въ своихъ жалобахъ на испорченность нравовъ и на упадокъ древнихъ учрежденій сваливаютъ охотно на женщинъ и на ихъ гибельное влія-

---

[1]) Здѣсь нужно указать на: 1) законъ Августа, дозволившій запрещенные до того браки между вольноотпущенниками и свободными (l. 33 D. 23, 2); 2) преторскую юриспруденцію, отказывавшую патрону въ его требованіяхъ, имѣвшихъ предметомъ чрезмѣрныя службы вольно-отпущенниковъ (l. 2, 36 D. 38, 1); 3) установленный императорами обычай предоставлять извѣстнымъ категоріямъ вольноотпущенниковъ, въ видѣ личной привилегіи, всѣ или нѣкоторыя права свободно-рожденныхъ (D. XI, tit. 10 и 11).

ніе отвѣтственность за все зло [1]), и на женщинъ же падаютъ постоянно удары закона, когда этотъ послѣдній хочетъ противопоставить какую-нибудь преграду необузданности разврата. Можетъ быть, это и не лишено нѣкотораго основанія. Было бы, правда, нелѣпо обвинять однѣхъ женщинъ въ испорченности, которая стала слишкомъ всеобщей, или думать, что одинъ полъ могъ болѣе, чѣмъ другой, подвергнуться заразѣ порока. Но мужчины, хотя и испорченные въ частной жизни, могли еще сохранить, по крайней мѣрѣ, на нѣкоторое время, кое-какіе остатки гражданскихъ добродѣтелей. Что касается женщинъ, для которыхъ семейныя обязанности были всей жизнью, то, потерявъ стыдъ, онѣ сдѣлались способными на всѣ преступленія [2]). Ихъ распущенность не ограничивалась предѣлами домашняго очага: онѣ сѣяли возбужденіе и раздоръ по всему государству. Благодаря независимости, предоставленной имъ закономъ, можно было видѣть, какъ онѣ распространяли смятеніе въ городахъ, осаждали своими криками суды и двери Сената, поддерживали заговоры, диктовали списки проскрипцій и раздували огонь гражданскихъ войнъ [3]). Словомъ, онѣ были такъ же сильны своими пороками, какъ героини первыхъ вѣковъ были сильны своими добродѣтелями.

Римляне увидѣли зло при самомъ его возникновеніи и искали средствъ противъ него. Они поняли, что свободная женщина не представляла опасности только при простыхъ и строгихъ нравахъ стараго времени. Они увидѣли также, что въ испорченныхъ республикахъ Греціи законодатель не упускалъ держать женщинъ въ строго-зависимомъ положеніи [4]). Поэтому они и рѣшились за-

---

[1]) Титъ Ливій, XXXIV, 1—8; Сенека, *de Const. sap.*, 14.

[2]) Это выражено энергично въ словахъ Катона Старшаго. Nullam adulteram non eamdem esse veneficam". Quintil. V, xi, 39.—Исторія показываетъ, что испорченность въ Римѣ развивалась среди женщинъ быстрѣе, нежели среди мужчинъ: вакханаліи опередили болѣе, чѣмъ на столѣтіе, заговоръ Катилины.

[3]) См. примѣры у Маркарта, *Privatalterth.*, стр. 67.

[4]) Если греки терпѣли въ своихъ театрахъ крайнюю распущенность, то они не упускали запрещать женщинамъ доступъ къ нимъ; если они учили въ своей философіи презрѣнію къ семейнымъ добродѣтелямъ, то они же держали женщинъ въ невѣжествѣ. Но въ Римѣ ничто не защищало женщины отъ развращающаго вліянія греческихъ идей: „*Ἐν Ῥώμῃ αἱ γυναῖκες μετὰ χεῖρας ἔχουσι τὴν Πλάτωνος πολιτείαν, ὅτι κοινὰς ἀξιοῖ εἶναι τὰς γυναῖκας*". Эпикт., fr. 53 (изд. Didot).

мѣнить погибшій контроль нравовъ контролемъ законовъ, и по мѣрѣ того, какъ древніе нравы разлагались, новыя ограниченія правоспособности путемъ закона вводили эманципированную женщину подъ новое ярмо.

Такимъ образомъ, въ шумномъ и смутномъ движеніи римскаго законодательства настоящей эпохи можно различить два какъ бы противоположныхъ другъ другу теченія. Съ одной стороны, семейныя власти рушатся одна за другой подъ ударами усиливающейся центральной власти; женщина дѣлается независимой въ семьѣ. Съ другой стороны, общественная власть занимаетъ мѣсто падшихъ семейныхъ властей; женщина, свободная въ своихъ семейныхъ отношеніяхъ, подпадаетъ нѣкоторымъ образомъ подъ опеку государства и подчиняется различнымъ ограниченіямъ правоспособности въ своихъ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ. Отсюда—двѣ серіи законодательныхъ нововведеній, которыя мы обозримъ одну послѣ другой.

II.

Въ древнемъ правѣ четыре семейныя власти ограничивали со всѣхъ сторонъ независимость женщины: власть отца и власть мужа, отправлявшіяся надъ ея личностью; опека и *manus*, примѣнявшіяся къ ея имуществу. Я указалъ уже на причины—политическія и нравственныя,—которыя должны были повести къ общему крушенію этихъ различныхъ властей. Теперь я покажу, какимъ путемъ совершилось это крушеніе.

Всѣ четыре власти сломились, столкнувшись, другъ съ другомъ. Естественное противорѣчіе существовало съ самаго начала между властью отца и мужа: однажды дочь замужемъ, ея отецъ и мужъ становились одинаково господами надъ ея личностью, государство вступилось въ борьбу между ними и сразу ограничило право какъ отца, такъ и мужа. Такая же радикальная несовмѣстимость—между опекой и *manus*: опека исключала *manus*, а *manus* полагала конецъ опекѣ, обирая семью жены для того, чтобы обогатить семью мужа. Поэтому римляне и пользовались поочередно *manus* для того, чтобы уничтожить опеку, а опекой—для того, чтобы покончить съ *manus*. Я уже говорилъ о томъ, какъ *manus* потерпѣла первое и глубокое пораженіе въ тотъ день, когда она

перестала сопровождать необходимо брачный союзъ; ниже мы увидимъ, какъ *manus*, однажды отдѣленная отъ брака, кончила тѣмъ, что обратилась въ средство, которое женщина пускала въ ходъ для освобожденія себя отъ власти своихъ опекуновъ. Но войдемъ въ подробности и разсмотримъ каждую изъ четырехъ властей отдѣльно.

1) Отцовская власть надъ дочерью претерпѣла два рода ограниченій: одинъ касался спеціально дочери, другой — одинаково дѣтей обоихъ половъ. Я буду имѣть дѣло съ ограниченіями лишь перваго рода.

Прежде всего, отецъ обязанъ былъ дать дочери приданое. Это обязательство было установлено однимъ закономъ Августа и позднѣе обобщено конституціей Септимія Севера [1]). Дочь, достигшая половой зрѣлости, могла жаловаться магистрату не только на то, что отецъ отказывалъ ей въ приданомъ или въ согласіи на бракъ, но и на то, что онъ уклонялся найти ей мужа.

Принужденный выдать свою дочь замужъ, отецъ терялъ съ ея замужествомъ и часть своей власти надъ нею. Онъ не могъ болѣе, какъ прежде, разорвать брачный союзъ и отобрать свою дочь у супруга, которому она была отдана. Антонинъ Пій установилъ преимущество правъ мужа надъ правами отца: суды, обязанные въ случаѣ надобности принуждать отца къ согласію на замужество его дочери, должны были принуждать его и къ уваженію заключеннаго уже брака [2]).

Наконецъ, дѣлаясь вдовой, или разводясь съ мужемъ, жена получала назадъ свое приданое и находила въ немъ залогъ своей независимости. Приданое и для дочери составляло нѣчто въ родѣ ея собственнаго имущества, ускользавшаго въ извѣстной мѣрѣ отъ дѣйствія отцовской власти. Отецъ былъ въ немъ только со-собственникомъ и, для предъявленія исковъ о приданомъ, нуждался въ содѣйствіи дочери [3]).

---

[1]) L. 19 D. XXIII, 2.

[2]) L. 1 § 5, l. 2 D. XLIII, 30; L. 11 C. V, 4. Ср. выше, стр., пр. 3.

[3]) L. 2 § 1, l. 3 D. XXIV, 3: „Dos communis est patris et filiae... Ipsius et filiae dos est.“—L. 34 § 6 D. 46, 3: „Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus... et propemodum simlis est ei qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset.“—(*). О приданомъ см. особое изслѣдованіе P. Gide:

2) Если императорскіе законы ограничивали власть отца для того, чтобы дать мѣсто правамъ мужа, то они ограничивали одновременно и права этого послѣдняго для того, чтобы оставить мѣсто власти отца и, особенно, общественной власти.

Древніе римляне не подвергали виновной супруги стыду судебнаго состязанія; они предпочитали хоронить семейный позоръ въ предѣлахъ самой семьи и дѣлали изъ мужа и родственниковъ суверенныхъ судей надъ нею, располагавшихъ даже правами жизни и смерти. При Августѣ мы видимъ уже государство въ роли мстителя за честь мужа: каждый гражданинъ могъ потребовать въ уголовный судъ женщину, подозрѣваемую въ прелюбодѣяніи, а если мужъ хотѣлъ расправиться съ нею своимъ судомъ и убивалъ ее даже на мѣстѣ преступленія, онъ наказывался какъ убійца. За однимъ отцомъ сохранилось еще право убить въ моментъ преступленія дочь и ея любовника [1]).

Но сохранилъ ли мужъ, по крайней мѣрѣ, свое древнее право юрисдикціи по менѣе важнымъ проступкамъ жены и по менѣе строгимъ наказаніямъ, на нее налагаемымъ? Эти наказанія состояли прежде, по большей части, въ расторженіи брака и въ лишеніи жены всего или части ея приданаго, что́ составляло функцію мужа, исполняемую имъ обыкновенно по совѣщаніи съ семейнымъ судомъ и подъ контролемъ цензора. Но мы видѣли, что и въ этомъ отношеніи со времени упадка республики публичный судъ становится на мѣсто юрисдикціи мужа и семейнаго суда: этотъ публичный судъ называется тутъ *judicium de moribus*, и въ немъ судья, назначаемый преторомъ, изслѣдуетъ причины развода, пытаетъ, какъ цензоръ, поведеніе женщины, и, если она виновна, то лишаетъ ее части или даже всего приданаго [2]). Съ этихъ поръ разводъ пе-

---

„le caractère de la dot en droit romain". Оно помѣщено въ видѣ приложенія къ 2-му французскому изданію настоящаго сочиненія.

[1]) Schol.. *ad. Horat. sat.*, II, 7, v. 63: „Lex fuit, (ut) apud Athenienses, ut adulterum cum adultera deprehensum marito liceret occidere. Haec lex abolita est lege Iulia, quae jussit adulterii cognitionem ad judices referri". Collat., IV, 10, 12, 13. Цитируемый Тацитомъ (*Анн.*, *XIII*, *32*) примѣръ древней юрисдикціи мужа представляетъ собою послѣдній остатокъ давно устарѣлаго обычая: „Is prisco instituto..."—*. Ср. Esmein, Le délit d'adultère à Rome et la loi Iulia de adulteriis coercendis".

[2]) Aulu-Gell., X, 23: Vir cum divortium fecit mulieri, judex pro censore est; imperium quod videtur habet. Si quid perverse tetreque factum est a

рестаетъ быть дѣломъ семьи, обращаясь въ публичный актъ, и Августъ требуетъ, чтобы онъ совершался въ присутствіи семи свидѣтелей [1]).

Мужъ не только теряетъ свою прежнюю юрисдикцію, но и самъ дѣлается отвѣтственнымъ передъ публичнымъ судомъ въ своемъ поведеніи относительно жены. Въ древнемъ правѣ мужъ, дурно обращавшійся съ женою, или несправедливо расторгавшій бракъ съ нею, отвѣчалъ за эти дѣйствія только передъ цензоромъ и богами; деньги, которыя онъ оставлялъ на алтаряхъ Цереры, представляли собою ничто иное, какъ искупленіе за обиду нанесенную, имъ богинѣ-покровительницѣ брака. Но съ распущенностью нравовъ и упадкомъ вѣры, это денежное искупленіе потеряло свое прежнее значеніе и религіозный характеръ, обратившись въ гражданское обязательство, подлежащее взысканію черезъ судъ. Судья, который регулировалъ въ *judicium de moribus* послѣдствія развода, долженъ былъ разсматривать и карать проступки какъ жены [2]), такъ и мужа, и присуждать послѣдняго, если разводъ вмѣнялся ему въ вину, къ уплатѣ женѣ денежнаго вознагражденія, соображеннаго съ размѣромъ приданаго. Законы Августа [3]) подчинили всѣ эти санкціи строгимъ правиламъ и юриспруденція, дополняя эти законы, опредѣлила съ точностью случаи, за предѣлами которыхъ всякое расторженіе брака становилось дѣйствіемъ наказуемымъ [4]).

Наконецъ, власть мужа, какъ и отцовская власть, терпитъ заразъ пораженіе съ двухъ сторонъ. Вмѣстѣ съ правами на личность жены, мужъ теряетъ постепенно и свои права на ея имущество. *Manus* исчезаетъ, приданое преобразуется: прежде мужъ

---

muliere, multatur; si vinnum bibit, si cum alieno viro probri qui fecit, condemnatur". Rein (*das Privatrecht der Römer*, 1858, 2 изд., стр. 418) думаетъ, что *multatio* означаетъ потерю части, а *condemnatio*—всего приданаго.—Плиній, *Hist. nat.*, XIV, 14, 13: „Domitius judex pronuntiavit, mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causa, viro insciente, et dote multavit".

[1]) L. 9 D. XXIV, 2; l. 1 § 1 D. XXXVIII, 11; Светоній, *Octav.*, 34: „Divorttium modum imposuit".

[2]) „Utrius culpa divortium factum". Quintil., VII, IV, II, 38; Valer. Max., VIII, II, 3; Плут., *Marius*, 38; Циц., Topica, 4; Ульп., VI, 13; Rossbach, *röm. Ehe*, прим. 453.

[3]) L. Papia? („...poenis *legibus* comprehensis"). L. 19 D. XLV, 1.

[4]) L. 60 § 1, l. 61, 62 D. XXIV, 1; l. 22, § 7 D. XXIV, 3.

былъ его абсолютнымъ хозяиномъ; при Августѣ онъ дѣлается лишь отвѣтственнымъ хранителемъ его и не можетъ отчуждать принадлажащее къ приданому недвижимое имущество (*fun lus dotalis*) иначе, какъ съ согласія жены [1]).

3) Отцовская власть и власть мужа падали, но не могли никогда исчезнуть, такъ какъ основаніе ихъ лежало въ человѣческой природѣ. Напротивъ, двѣ другія власти, о которыхъ я буду теперь говорить,— опека надъ женщинами и *manus* были чисто національными учрежденіями. Какъ скоро римское право утратило свой мѣстный характеръ и свою первородную оригинальность, эти власти пропали, не оставивъ послѣ себя никакихъ слѣдовъ.

Римская опека вообще (я говорю объ опекѣ какъ надъ малолѣтними, такъ и надъ женщинами) должна была пройти тѣ же фазы развитія, что и всѣ остальныя семейныя власти. По ряду испытанныхъ ею измѣненій можно прослѣдить во-очію за упадкомъ семейной и прогрессомъ общественной власти.

Опека надъ малолѣтнимъ, напримѣръ, была первоначально правомъ семьи. Общественой власти не было никакого дѣла до этой опеки, принадлежавшей или избраннику отца, или ближайшимъ родственникамъ подопекаемаго, но никогда — не чужимъ для него людямъ [2]). Характеръ права, значительно преобладавшій въ этой власти надъ характеромъ обязанности, доказывается тѣмъ, что она доставалось родственникамъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда они не были въ состояніи ее отправлять [3]).

Но мало-по-малу законъ и общественная власть вмѣшиваются и въ эту опеку: магистраты обязываются сначала назначать опекуна сиротѣ, не имѣющему родственниковъ; затѣмъ они замѣняютъ неспособныхъ къ управленію опекой родственниковъ опекунами по своему выбору; наконецъ, опекуны ставятся подъ ихъ контроль и не вправѣ совершать никакихъ важныхъ актовъ безъ ихъ разрѣшенія [4]). Опека кончаетъ тѣмъ, что дѣлается исключи-

---

[1]) См. ниже, стр. 138, прим. 4.

[2]) Цицер., *de Invent.*, II, 50: „Si pater familias intestato moritur, *familia* pecuniaque ejus agnatorum, gentiliumque esto“.

[3]) Само собою, что она отправлялась тогда попечителемъ. L. 10 § 7, 12 D. 27, 1. L. 10 § 1 D. 26, 4, исходя отъ Гермогеніана, принадлежитъ позднѣйшей юриспруденціи.

[4]) Ульпіанъ, XI, 18, 23; Гай, I, 182; l. 17 D. XXVI, 2; l. 1 D. XXVI, 7; l. 3, § 4 D. XXVI, 10; D. XXVII, 9; l. 22, 25, C. V, 37.

тельно обязанностью и не сохраняетъ отъ своего первоначальнаго характера семейной власти ничего, кромѣ имени [1]).

Исторія опеки надъ малолѣтними есть въ то же время исторія опеки надъ женщинами. Эта послѣдняя была также правомъ и стала обязанностью; она также установлена въ интересахъ опекуновъ и подчинена потомъ интересамъ женщины. Но тогда какъ для опеки надъ малолѣтними это измѣненіе было развитіемъ и успѣхомъ, для опеки надъ женщинами оно означало крушеніе опеки. Въ самомъ дѣлѣ, настоящее основаніе опеки надъ малолѣтними лежитъ въ естественной неспособности послѣднихъ, и чѣмъ болѣе законъ подчиняетъ опекуна интересамъ такихъ подопекаемыхъ, тѣмъ лучше опека отвѣчаетъ своему истинному назначенію. Но женщина въ римскомъ правѣ не разсматривалась, какъ неспособная отъ природы, и если законъ поражалъ ее извѣстной неспособностью, то онъ дѣлалъ это въ интересахъ ея семьи, т.-е. ея опекуновъ: какъ скоро эти интересы сходили со сцены, женщина вступала въ полное обладаніе своими природными способностями и отправляла всѣ свои права. Дать женщинѣ постороннихъ опекуновъ, не имѣвшихъ никакого интереса въ контролированіи ея дѣйствій, значило въ сущности предоставить ей полную свободу.

И дѣйствительно, эта новая опека была лишь тѣнью прежней, и Цицеронъ говоритъ не даромъ, что древніе опекуны держали женщину въ своей зависимости, новые же сами стали подъ ея зависимость и исполняли только ея приказанія [2]).

Кто же были эти новые опекуны и какъ они могли замѣнить древнихъ законныхъ опекуновъ? Это были, прежде всего, опекуны по завѣщанію.

Мы уже говорили, что отецъ, во власти котораго, находилась дочь, могъ назначать ей опекуна въ своемъ завѣщаніи. Мужъ, отправлявшій *manus* надъ своей женой, пользовался тѣмъ же правомъ; онъ могъ также завѣщать женѣ право избранія ею самою своего опекуна (*optivus tutor*), и толкованіе этого распоряженія было таково, что она могла возобновлять это избраніе при каж-

---

[1]) *Potestas* Inst., I, 13.

[2]) Цицер., *pro Murena*, 12; Ch. Giraud, *la lex Malacitana* (Revue historique de dr. franc., т. XII, стр. 305), 1866.

домъ изъ совершаемыхъ ею актовъ[1]). Эти различные опекуны, не имѣя никакого интереса въ томъ, чтобы стѣснять становившуюся подъ ихъ опеку женщину или наблюдать за нею, исполняли свое дѣло лишь по формѣ и не служили въ дѣйствительности ни чему иному, какъ освобожденію женщины отъ настоящей опеки—опеки ея агнатовъ.

Затѣмъ идутъ опекуны, назначаемые магистратомъ (*tutela dativa*). Здѣсь общественная власть выступаетъ одновременно съ появленіемъ ея при опекѣ надъ малолѣтними и слѣдуетъ въ общемъ тому же процессу развитія. Сначала законъ поручаетъ магистрату назначать опекуна женщинѣ, не имѣющей законнаго или завѣщательнаго опекуна. Потомъ цѣлый рядъ другихъ законовъ и сенатусъконсультовъ замѣняетъ опекунами по назначенію законныхъ опекуновъ, оказывающихся неспособными или немогущими по какимъ-либо препятствіямъ вести опеку лично. Если законный опекунъ малолѣтенъ, немощенъ или безуменъ, то женщина, имѣющая совершить что нибудь важное, можетъ просить магистрата о назначеніи ей опекуна на данное дѣло; даже болѣе—довольно одного отсутствія законнаго опекуна для того, чтобы женщина могла получить опекуна по назначенію и этимъ назначеніемъ освободиться навсегда отъ законной опеки[2]).

Наконецъ, изобрѣтается еще средство, благодаря которому женщина, стоящая подъ опекой своихъ агнатовъ, добивается замѣщенія ихъ опекуномъ по собственному выбору. Вотъ гдѣ *manus* служитъ оружіемъ противъ опеки. Женщина подчиняется *manus* не въ виду вступленія въ бракъ, а чисто формально, по соглашенію съ какимъ нибудь другомъ, который на слѣдующій день отрекается отъ своей власти. Это порываетъ окончательно агнатическія связи, даетъ женщинѣ право завѣщанія и полную неза-

---

[1]) Гай, I, 150 и слѣд. Замѣтимъ, что только мужъ можетъ назначить женѣ такого опекуна *optivus*; отецъ не имѣетъ этого права. Объясненіе просто: послѣ смерти отца, женщина еще связана агнатами и ей запрещено завѣщаніе; разрѣшить ей *optio tutoris* значило бы разрѣшить ей обходъ этого запрещенія. Напротивъ, проходя черезъ *manus mariti*, она теряетъ свои агнатическія связи, и опека надъ ней можетъ быть безопасно ослаблена.

[2]) Ульпіанъ, XI, 18—22; Гай, I, 173—180.

висимость подъ удобной опекой человѣка, котораго она цѣнитъ, какъ друга, и сама выбираетъ [1]).

Всѣ эти различныя формы опеки соединяются древними авторами въ одну группу, которая противополагается законной опекѣ [2]). Противоположенiе здѣсь, дѣйствительно, коренное: законная опека опирается на могучiй интересъ, сохраненiе имуществъ въ семьѣ; другiя формы опеки—чисто номинальны и имѣютъ въ виду только обойти устарѣвшiй законъ. Законные опекуны, единственные судьи въ своихъ интересахъ, не могутъ быть принуждены къ согласiю на дѣйствiя состоящихъ подъ ихъ опекой лицъ [3]); другiе опекуны, простые фиґуранты въ торжественныхъ юридическихъ актахъ, обязаны разыгрывать свои роли; если они отказываютъ въ своемъ согласiи, преторъ вынуждаетъ его [4]). Законный опекунъ располагаетъ, какъ хочетъ, своимъ правомъ опеки и можетъ по усмотрѣнiю или отправлять его самъ, или предоставлять посредствомъ отчужденiя другимъ; на новыхъ опекуновъ переходятъ въ послѣднемъ случаѣ всѣ обязанности по опекѣ [5]). Наконецъ, полномочiя законнаго опекуна общи и постоянны; напротивъ, при избранiи самой женщиной опекуна себѣ, или при назначенiи его магистратомъ, полномочiя такихъ опекуновъ ограничены даннымъ дѣломъ; какъ скоро это дѣло оканчивается, прекращается и опека, и женщина остается безъ опекуна—по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока новое дѣло не потребуетъ выбора или назначенiя новаго опекуна [6]).

Оба эти вида опеки при императорскомъ законодательствѣ не имѣли болѣе основанiя для существованiя. Законная опека должна была пасть вмѣстѣ со старыми аристократическими учрежденiями; остальныя формы опеки должны были исчезнуть съ послѣдними остатками древняго формализма. Августъ началъ освобожденiемъ

[1]) Цицер., *pro Mur.*, 12; Ульп., XI, 5; Гай, I. 115, 166, 195.—Можно ли было при такой *conventio in manum* обойтись безъ согласiя законныхъ опекуновъ? Ср. Iеринга, т. III, прим. 390.

[2]) „*Legitima tutela—alterius generis* tutores“. Гай, II, 122.

[3]) „Praeterquam si magna causa interveniat“. Гай, I, 192.—См. ниже, стр., прим.

[4]) Гай, I, 190; II, 122.

[5]) Поэтому *in jure cessio* примѣняется только къ законной опекѣ.

[6]) Гай. I, 150, 176 и слѣд.; Lange, *Römische Alterthümer*, Berl., 1863 (2-е изд.), т. I, стр. 207.

отъ всякой опеки женщины-матери многочисленныхъ дѣтей; Клавдій устранилъ опеку агнатовъ; наконецъ, эдиктъ Ѳеодосія. распространивъ привиллегію матерей на всѣхъ женщинъ, освободилъ ихъ всѣхъ и отъ опеки [1]).

Но праву агнатовъ на имущество женщины долженъ былъ быть нанесенъ еще болѣе сильный ударъ: они утратили съ опекои гарантію своего наслѣдственнаго права, а потомъ—и самое это наслѣдственное право. При Адріанѣ женщина получила право завѣщанія [2]), т.-е. возможность лишить наслѣдства своихъ агнатовъ; при Маркѣ Авреліи самъ законъ лишаетъ ихъ этого наслѣдства, предпочитая имъ дѣтей умершей; позднѣе онъ отдаетъ предпочтеніе передъ ними и всѣмъ боковымъ родственникамъ, болѣе близкимъ по крови, чѣмъ они [3]). Древняя аристократическая и политическая семья разрушена концентраціей общественной власти, и на ея мѣстѣ возникла вскорѣ новая семья, основанная на естественномъ законѣ и внушенная христіанствомъ.

4. Въ то время, когда бракъ составлялъ еще священныи и ненарушимый союзъ, *manus* была его естественнымъ послѣдствіемъ. Разъединяя женщину на всегда съ ея прежней семьей и связывая всѣ ея интересы съ интересами мужа, законъ отвѣчалъ желанію супруговъ. Но съ ослабленіемъ брачныхъ связей и учащеніемъ разводовъ *manus* становилась невозможной. Какой насмѣшкой звучало бы соединеніе непререкаемыхъ послѣдствій съ союзомъ, который сдѣлался капризомъ одного дня!

Мы не наталкиваемся здѣсь, какъ при опекѣ, на серію законодательныхъ распоряженій, поражающихъ крѣпкое и могучее учрежденіе. *Manus* падаетъ сама собой безъ того, чтобы ее нужно было разрушать. Она потеряла подъ собою почву уже съ того дня, когда ее отдѣлили въ интересѣ агнатовъ отъ брака: разъ она

---

[1]) Гай, I, 145, 194; III, 44; I, 157, 171; Ульп., XI, 8; L. 3 C. Th. VIII, 17; L. 1 C. I. VIII, 59.—Объ опекѣ надъ женщинами упоминается еще, но уже въ послѣдній разъ, въ одномъ законѣ Діоклеціана. Fr. Vatic., § 325.—Въ 1. 2 C. Th. III, 17 рѣчь идетъ лишь о малолѣтнихъ женщинахъ. Savigny, *Verm. Schr.*, т. I, стр. 282.

[2]) Гай, I, 115a.—Она нуждалась, правда, въ auctoritas своего опекуна, но этотъ опекунъ не былъ болѣе ея агнатомъ, такъ какъ законная опека были уничтожена.

[3]) Dig. XXXVIII, 17 (Sc. Orphit.); L. n, 15 C. I. VI, 58.

перестала быть законной необходимостью, уничтоженіе ея должно было произойти подъ вліяніемъ однихъ нравовъ. Вотъ почему его и нельзя связать ни съ какой опредѣленной датой; Гай, Ульпіанъ, Папиніанъ говорятъ еще о *manus*, какъ о живомъ учрежденіи [1]). Но заключать отсюда къ тому, что *manus* оставалась въ ихъ время тѣмъ же учрежденіемъ, какимъ она была прежде, было бы въ высшей степени неправильно. Вѣковыя учрежденія не исчезаютъ въ одинъ день: постепенное ослабленіе предшествуетъ ихъ паденію и подготовляетъ его. *Manus* не составляла исключенія изъ общаго правила, и я попробую указать на послѣдовательныя фазы ея упадка, предшествовавшія окончательному паденію.

Учрежденіе, которое болѣе всего сбило съ пути и исказило *manus*, было приданое. *Manus*, какъ я это уже показывалъ, была въ сущности полной общностью имуществъ супруговъ, и пока браки оставались неразрывными, этотъ порядокъ имущественныхъ отношеній супруговъ удовлетворялъ всѣмъ потребностямъ; но когда умножились разводы, то явилась надобность въ выдѣленіи имущества жены на сторону, и создалось приданое [2]), положенное въ основаніе новаго порядка имущественныхъ отношеній супруговъ, такъ наз. теперь *дотальный порядокъ*, (*régime dotal*). Этотъ порядокъ захватилъ также *manus* и преобразовалъ ее. Прежде всего, установился обычай брать съ мужа при заключеніи *conventio in manum* обѣщаніе возстановить женѣ, въ случаѣ развода, часть приносимаго ею въ новую семью имущества; это было уже настоящее приданое. Потомъ пришли къ тому, что стали это обычное обѣщаніе подразумѣвать само собою и обязывать мужа къ возстановленію женѣ, въ случаѣ развода, всего имущества, пріобрѣтеннаго черезъ посредство *manus*. Съ этихъ поръ *manus*, вмѣсто того, чтобы представлять собою полную общность имуществъ супруговъ, обращается въ способъ установленія общаго приданаго (la dot universelle) [3]). Здѣсь, умѣстно остановиться нѣсколько

[1]) Гай, I, 112; Collat., IV, 7; Тацитъ, *Анн.*, IV, 16.

[2]) Древніе авторы пріурочиваютъ съ достаточнымъ основаніемъ возникновеніе приданаго къ первымъ разводамъ. Aul. Gell. IV, 3 *.—См. изслѣдованіе P. Gide: „*Du contrat de la dot en droit romain*“.

[3]) Такъ было уже во время Цицерона: „Quum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine“ *Topica*, 4: *pro Flacco*, 34, 35; Fragm. Vatic., 115.

минутъ на учрежденіи приданаго и показать, какъ много оно содѣйствовало эмансипаціи женщины.

Установленіе приданаго, чрезвычайно рѣдкое, какъ я уже говорилъ, въ древнемъ Римѣ, сдѣлалось у римлянъ времени упадка, какъ и у грековъ, обычнымъ и почти необходимымъ условіемъ брачнаго союза [1]), а такъ какъ законъ среди развращеннаго общества находилъ себя вынужденнымъ поощрять браки, то установленіе приданаго стало обязательнымъ и въ силу закона. Это обязательство было возложено не только на отца невѣсты, но также на ея агнатовъ [2]), и иногда само государство изъ своихъ средствъ выдавало приданое бѣднымъ невѣстамъ [3]).

Но недостаточно было обезпечить заказъ приданаго; слѣдовало обезпечить и его сохраненіе. Этой цѣлью и задалось императорское законодательство, принявъ мѣры защиты не только противъ расточительности мужа, но и противъ увлеченій жены: она не могла ни устранить своимъ согласіемъ недѣйствительности залога недвижимаго имущества, входившаго въ приданое, ни поручиться за мужа[4]), ни освободить его отъ лежащаго на немъ обязательства полученіемъ приданаго во время теченія брака [5]). Имущества мужа и жены были раздѣлены высокой стѣной — запрещеніемъ дареній между супругами [6]); наконецъ, всякій договоръ, по которому жена отрекалась отъ своихъ правъ на приданое, или ограничивалась въ этихъ правахъ, объявлялся юриспруденціей недѣйствительнымъ, какъ противный публичному порядку [7]).

Законъ шелъ еще дальше: чтобы гарантировать лучше сохранность приданаго, онъ жертвовалъ всѣми принципами, ставилъ

---

[1]) Въ Римѣ, какъ и въ Греціи, приданое различало фактически бракъ отъ конкубината. Плавтъ, *Trin.*, act. III, sc. 2, v. 63.

[2]) L. 12 § 3 D. XXVI, 7. Куяцій, *ad ed. Pauli*, L. 38 (éd. Fabrot., t. V, col. 615. E).

[3]) Rein, *das Privatrecht der Römer*, стр. 425.

[4]) Эдикты Августа и Клавдія. L. 2 D. XVI, 1; Demangeat, *du fond dotal*, стр. 215. Напротивъ, *продажа* недвижимости, принадлежавшей къ приданому, дѣлалась дѣйствительной при согласіи на нее жены.

[5]) Это еще распоряженіе Августа (L. Papia). Pellat, *Textes sur la dot*, стр. 346.

[6]) Даже отказы между супругами были тѣсно ограничены за силой *decimariae leges*. Квинтил., VIII, v, 19: „Placet hoc ergo, o leges diligentissimae pudoris custodes, decimas uxoribus dari, quartas meretricibus“.

[7]) L. 14, 19 D. XXIII, 4; l. 1 § 1 D. XXXIII, 4.

приданое внѣ общаго права, внѣ имущества, и ограждалъ его отъ всѣхъ юридическихъ случайностей, угрожающихъ цѣлости имущества. Такъ, если женщина вступаетъ подъ *manus* мужа или посторонняго лица, если она даетъ усыновить себя, если отецъ продаетъ ее или эманципируетъ,—во всѣхъ этихъ случаяхъ происходитъ уничтоженіе ея гражданской личности, прекращеніе всѣхъ ея правъ и обязанностей; но приданое выдерживаетъ эти катастрофы и, среди общаго разрушенія имущества, сохраняетъ всегда свою неприкосновенность. Какія бы измѣненія ни испытывала женщина въ своемъ гражданскомъ состояніи, она должна вступить въ бракъ и, въ случаѣ вдовства или развода, имѣть возможность повторить его; вотъ почему приданое сохраняется въ цѣлости, и даже тогда, когда гражданское состояніе женщины дѣлаетъ ее неспособной къ владѣнію какимъ бы то ни было имуществомъ, приданое остается за нею, какъ родъ натуральной собственности [1]).

Легко понять, что такъ организованный порядокъ приданаго обезпечивалъ независимость женщины во всѣхъ ея положеніяхъ: ни одна изъ семейныхъ властей, распоряжавшихся съ такой энергіей ея имуществомъ, не имѣла силы въ отношеніи къ приданому. Его привиллегія гнула власть опекуновъ, которые, при вступленіи въ новый бракъ состоявшей подъ ихъ опекой женщины, видѣли себя вынужденными, по распоряженію магистрата, согласиться на установленіе вновь ея приданаго. Эта же привиллегія приданаго останавливала даже отцовскую власть: отецъ не только принуждался къ заказу и выдачѣ приданаго, но онъ не могъ и получить его назадъ при расторженіи брака иначе, какъ съ согласія и при содѣйствіи своей дочери, при чемъ полученное такимъ образомъ обратно приданое оставалось столько же и даже болѣе, чѣмъ дѣтскій пекулій, отдѣленнымъ и независимымъ отъ отцовскаго имущества [2]). Наконецъ, приданое иска-

[1]) L. 30 C. V, 12: „...cum eaedem res, et ab initio uxoris fuerunt, et *naturaliter in ejus permanserint* dominio“. Приданое не затрогивается перемѣнами ни въ гражданскомъ состояніи жены (l. 8, 9 D. IV, 5), ни въ гражданскомъ состояніи мужа (l. 45 D. I, 7; ср. l. 56, § 1 D. XXIII, 3): при конфискаціи имущества мужа приданое остается неприкосновеннымъ. D. Cass., XLIII, 50; XLVIII, 8.

[2]) Если она снова выходила замужъ, то приданое должно было быть возстановлено: nov. 97, c. 5 регулируетъ лишь примѣненіе старыхъ принци-

жало *manus* и держало въ постоянной осадѣ власть мужа, такъ какъ женщина была на дѣлѣ, если не по праву, хозяйкой и собственницей своего приданаго [1]); всякую минуту она могла потребовать его возстановленія, разводясь внезапно съ мужемъ, и мужъ, безпрестанно угрожаемый искомъ о приданомъ, находился въ зависимости отъ своей жены; по удачному выраженію Плавта, „принимая приданое, онъ продавалъ свою власть“ [2]).

Такъ исчезла *manus* [3]) и такъ порвались всѣ связи, удерживавшія женщину въ подчиненіи. Оставалось въ силѣ еще единственное ограниченіе ея правоспособности: она не могла отправлять семейной власти ни въ качествѣ опекуна, ни въ качествѣ матери. Но въ виду того, что эта власть потеряла много въ своемъ значеніи, что и для назначенія себя опекуномъ женщина могла обратиться къ императорскому разрѣшенію [4]), и что, наконецъ, эдикты Клавдія и Адріана почти сравняли мать въ правахъ наслѣдованія съ отцомъ [5]), мы можемъ сказать, что и указанное сейчасъ послѣднее различіе въ правоспособности половъ на половину изгладилось, и что изъ всѣхъ загородокъ, поставленныхъ женщинѣ древнимъ цивильнымъ правомъ, не осталось ничего, кромѣ безполезныхъ развалинъ.

III.

Мы видѣли, какъ падали и разрушались древнія учрежденія; мы увидимъ теперь, какъ на ихъ развалинахъ выросло и развилось новое законодательство, направившее, въ силу неизбѣжной реакціи, свои усилія на то, чтобы вернуть снова въ зависимое

повъ. При наслѣдованіи отцу дочь получала впередъ свое приданое не въ зачетъ наслѣдственной доли: L. 12 C. III, 38; ср. l. 3 § 2, D. XXIV, 3.

[1]) „Quamvis in bonis mariti dos sit, tamen est“. L. 75 D. XXIII, 3.

[2]) Плавтъ, *Asin.*, I, ɪ, v. 74: „Argentum adcepi, dote imperium vendidi.“—*Aulul.*, III, v, v. 60: „Nam quae indotata est, ea in potestate est viri.—Dotatae mactant et malo et damno viros“.—Горацій, *Od.* III, 24, v. 19.

[3]) Слѣдовъ ея нѣтъ болѣе и въ кодексѣ Ѳеодосія. Авторы V-го вѣка говорятъ о ней, какъ о давно заброшенной вещи. Servius, *ad Aeneid.*, IV, v, 104, v. 214; *ad Georg.*, I, *v*, 31; Boec., *ad Cicer Topic.*, 3; Isidor., *Orig.* V, xxiv, 26.

[4]) „*Tutela plerumque* virile munus est“. L. 16, 18 D. XXVI, 1; l. 26 D. 26, 2.

[5]) Sc. Tertyllienum, Inst., III, 3, § 1 и слѣд.; D. XXXVIII, 17.

положеніе слишкомъ рано эманципированную женщину. Но ограниченія правоспособности, введенныя этимъ новымъ законодательствомъ, глубоко различались отъ тѣхъ, которыхъ источникъ лежалъ въ древнемъ правѣ. Эти послѣднія имѣли своимъ основаніемъ только интересы семьи, а предметомъ—отношенія женщины къ мужу, отцу, агнатамъ; новыя ограниченія исходили, напротивъ, исключительно изъ соображеній публичнаго порядка и регулировали отношенія женщины не къ ея родственникамъ, а къ третьимъ лицамъ: ее объявляли неспособной не какъ жену, сестру или дочь, а какъ женщину; причиной этой неспособности дѣлался полъ, къ которому она принадлежала: *fragilitas, imprudentia, imbecillitas sexus*.

Первые шаги законодателя на этомъ новомъ пути были робки и нерѣшительны. Lex Oppia противъ роскоши женщинъ имѣла при своемъ появленіи значеніе чисто временной мѣры, принятой въ минуту опасности, когда побѣды Аннибала ставили на волосъ отъ гибели самое существованіе Рима. По миновавіи опасности, этотъ законъ, казалось, долженъ былъ исчезнуть. Но могущественному Риму сталъ угрожать вскорѣ болѣе страшный врагъ, чѣмъ Аннибалъ: роскошь и развратъ проникли въ него со всѣхъ сторонъ, и для того, чтобы остановить это зло, вздумали сдѣлать изъ Lex Oppia постоянный законъ. Старшій Катонъ, бывшій тогда консуломъ, возсталъ противъ отмѣны этого закона въ рѣзкой и страстной рѣчи, получившей безсмертіе благодаря передачѣ ея Титомъ Ливіемъ. Но старый Катонъ не былъ уже человѣкомъ своего времени: „свою утопію, какъ это было недавно сказано, онъ бралъ, изъ прошлаго“ [1]). Lex Oppia подверглась отмѣнѣ, и римскія женщины показали въ этотъ день, что ихъ вліяніе могло бороться и осилить вліяніе самаго властнаго и упрямаго изъ консуловъ [2]). Однако, Катонъ и его друзья добились нѣсколько позже своего, и за Lex Oppia послѣдовала цѣлая серія непрерывавшихся—до времени Августа и включительно съ этимъ временемъ — законовъ противъ роскоши. Нужно-ли говорить, что эти законы не исправили нравовъ?

---

[1]) Ch. Giraud, *Diss. sur a loi Voconia* (Mémoires de l'Acad. des Sc. mor. et polit., t. 1 du recueil des savants étrangers, p. 559).

[2]) Тить-Ливій, XXXIV, 1—8.

Лучшее средство остановить роскошь женщинъ состояло, казалось, въ томъ, чтобы изсушить ея источникъ и помѣшать имъ богатѣть. Такова именно и была цѣль новаго закона, который отстаивался Катономъ съ неменьшей энергіей, но съ большей удачей, чѣмъ Lex Oppia.

Женщины могли обогащаться тремя способами: наслѣдованіемъ по закону, завѣщательными распоряженіями и дареніями. Въ отношеніи дареній онѣ уже подверглись строгимъ ограниченіямъ закономъ Цинція (Lex Cincia), изданнымъ за нѣсколько мѣсяцевъ до Lex Oppia; оставалось, слѣдовательно, наслѣдованіе по закону и завѣщанію.

Начали съ завѣщаній, такъ какъ наслѣдованіе по закону представляло менѣе опасности. Это послѣднее принадлежало только женщинамъ-агнатамъ, которыя стояли всегда подъ законной опекой и не могли уже вслѣдствіе этого ни обязываться, ни распоряжаться своимъ имуществомъ. Такимъ образомъ, женщинъ слѣдовало болѣе всего ограничить въ отношеніи наслѣдованія ихъ по завѣщанію: такова и была цѣль знаменитаго закона Воконія (Lex Voconia) [1]).

Этотъ законъ не устанавливалъ абсолютныхъ запрещеній: чтобы провести его передъ народнымъ собраніемъ, только-что отмѣнившемъ законъ Оппія, Катонъ и Воконій вынуждены были на уступки и полумѣры. Вотъ чѣмъ объясняется та сложность и та кажущаяся противорѣчивость отдѣльныхъ распоряженій закона Воконія, которыя сдѣлали изъ него одну изъ труднѣйшихъ загадокъ, когда-либо предлагавшихся на разрѣшеніе ученыхъ.

Прежде всего, законъ Воконія распространяется не на всѣ завѣщанія: преслѣдуя лишь роскошь женщинъ, онъ ограничивается лишеніемъ ихъ тѣхъ наслѣдствъ, которыя способны поддержать эту роскошь, т. е. однихъ богатыхъ наслѣдствъ. Поэтому запрещеніе наслѣдованія касается только завѣщаній богатыхъ—по всей вѣроятности, тѣхъ, кто владѣлъ не менѣе 100,000 ассовъ [2]).

---

[1]) 585 г. по основаніи Рима (Ch. Giraud). Perizonius, *de lege Voconia*, Daventr., 1679; Savigny, *über die Lex Voc.*, (Abh. der Akad., Berlin, 1820—21); Hasse, *zur Lex Voc.*, (Rhein. Mus., 1829); Bachofen, *die Lex Voc.*, Basel, 1843; Mommsen, *Krit. Jahrbüch*. 1845.

[2]) Гай, II, 274; Цицер., *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 41.

Затѣмъ, законъ поражалъ не всѣ завѣщательныя распоряженія въ пользу женщинъ, а лишь нѣкоторыя: во-1), женщину нельзя было назначить наслѣдницей и, при томъ, независимо отъ цѣнности наслѣдства, такъ что богатый завѣщатель не могъ сдѣлать женщину наслѣдницей даже въ самой ничтожной части своего наслѣдства [1]); во-2-хъ), нельзя было дѣлать ей и превышавшіе извѣстный размѣръ отказы; богатый завѣщатель не долженъ отказывать ей болѣе того, что онъ оставлялъ назначенному имъ наслѣднику; вслѣдствіе этого, женщина не могла никогда получить и въ формѣ отказа болѣе половины всего наслѣдства [2]). Это второе запрещеніе, болѣе суровое для женщины, чѣмъ первое, авторы закона старались какъ бы прикрасить и подыскать къ нему подходящій предлогъ въ интересѣ самого завѣщателя: сохранивъ за назначеннымъ наслѣдникомъ часть въ наслѣдствѣ, законъ заинтересовывалъ его принятіемъ послѣдняго и обезпечивалъ этимъ путемъ осуществленіе завѣщанія. Весьма вѣроятно, что въ этой своей части законъ Воконія былъ распространенъ отъ женщинъ и на мужчинъ, въ пользу которыхъ дѣлались отказы.

Въ указанныхъ предѣлахъ неспособность женщины къ наслѣдованію по завѣщанію въ силу закона Воконія имѣла общее значеніе, и ей подвергалась даже единственная дочь завѣщателя [3]). Съ перваго взгляда, это кажется необъяснимымъ, такъ какъ я уже говорилъ, что Lex Voconia не касалась вовсе законнаго наслѣдованія, по правиламъ котораго единственная дочь получала все наслѣдство отца, умершаго безъ завѣщанія. Какъ же понять, что одинъ и тотъ же законодатель призывалъ, съ одной стороны, дочерей къ наслѣдованію послѣ ихъ отца, а съ другой—запрещалъ послѣднему писать завѣщанія въ пользу тѣхъ же дочерей? Объясненіе заключается, можетъ быть, въ слѣдующемъ: дочь не

[1]) Гай, II, 274; Цицер., *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 42; Asconius, ib.

[2]) Цицер., *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 43: „Quid, si plus legavit quam ad heredem heredesve perveniat. Quod per legem Voconiam ei qui census non sit, licet". Квинтил., Declam., 264. — Отказы части наслѣдства замѣнили съ этихъ поръ женщинамъ назначеніе ихъ наслѣдницами; этимъ объясняется и слѣдующее мѣсто у Аппулея (*Metam.*, IX, 210): „Cum uxore mea partiario tractabo, nec erciscundae familiae sed communi dividundo formula dimicabo".

[3]) Св. Августинъ, *de Civit.* Dei, III, 21: „Ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam".

могла сдѣлаться законной наслѣдницей послѣ своего отца иначе, какъ подъ условіемъ продолженія своей жизни въ отцовской семьѣ; въ этомъ же случаѣ она попадала всегда [1]) подъ опеку своихъ агнатовъ, и не все ли равно было тогда, обогащалась она или нѣтъ, разъ все пріобрѣтаемое ею имущество, за силой опеки, какъ бы иммобилизировалось въ ея рукахъ? Напротивъ, по завѣщанію дочь могла бы быть наслѣдницей и выходя изъ семьи, а оставаясь въ ней, освобождалась въ то же время по завѣщанію отъ опеки агнатовъ: въ обоихъ случаяхъ она вступала подъ призрачную опеку, оставлявшую ее полной хозяйкой ея имущества. Законъ же добивался не того, чтобы ни одна женщина не могла быть богата, а того, чтобы она не была одновременно и богата, и независима, развращая древніе нравы зрѣлищемъ своихъ неумѣренныхъ расходовъ.

Позже, когда законная опека утратила свое значеніе и найдены были способы ея обхода, законъ Воконія оказался уже недостаточнымъ и почувствовалась потребность въ ограниченіяхъ не только завѣщательнаго, но и законнаго наслѣдованія женщины. Однако, и здѣсь удовольствовались только полумѣрами и, не затронувъ правъ дочерей [2]), стѣснили только агнатовъ-женщинъ. Сонаслѣдованіе и равный между обоими полами раздѣлъ наслѣдства были сохранены въ первой степени наслѣдованія по боковымъ линіямъ, т.-е. между братьями и сестрами; въ дальнѣйшихъ же степеняхъ родства ближайшія агнаты-женщины наслѣдовали лишь послѣ отдаленнѣйшихъ агнатовъ-мужчинъ. Это нововведеніе было сдѣлано въ тѣхъ же видахъ, что и распоряженіе закона Воконія, который получалъ въ немъ свое дополненіе [3]). Но цѣль закона все-таки не достигалась, такъ какъ его запрещенія обходились фидеикоммисами [4]), и законодатель вскорѣ увидѣлъ себя вынужденнымъ даже благопріятствовать обогащенію женщины для того, чтобы поддержать установленіе приданаго и заключеніе браковъ. Никогда женщины не были такъ богаты, какъ въ началѣ Имперіи,

---

[1]) Она не могла стать въ этомъ случаѣ подъ опеку по завѣщанію, такъ какъ, предполагая ее законной наслѣдницей отца, мы предполагаемъ вмѣстѣ съ тѣмъ то, что отецъ не оставилъ никакого завѣщанія.

[2]) Права наслѣдованія матерей еще не существовало.

[3]) Павелъ, *Sent.*, IV, 8 § 22; Гай, III, 29.

[4]) Гай, II, 274.

и никогда онѣ въ то же время, такъ открыто не злоупотребляли своими богатствами [1]). Останавливать приходилось тогда уже не роскошь, а разнузданность всѣхъ пороковъ: съ этой цѣлью при Августѣ и былъ изданъ цѣлый рядъ законовъ, почти поглотившихъ собою законъ Воконія. Я прихожу здѣсь къ пресловутымъ законамъ Юлія и Папія, о которыхъ скажу лишь нѣсколько словъ, такъ какъ они касаются предмета моего изслѣдованія только немногими изъ своихъ распоряженій. Цѣлью этихъ законовъ, по мысли Августа, было замѣнить древнія учрежденія семейнаго суда и цензуры гражданскими наказаніями за безпорядочную и безпутную жизнь. Такъ, напримѣръ, женщины, осужденныя за прелюбодѣяніе, а ихъ было гораздо больше, чѣмъ это можно было бы думать [2]), не могли болѣе ни свидѣтельствовать на судѣ [3]), ни вступать въ законные браки [4]), ни быть назначенными наслѣдницами, ни получить что-либо по отказу или фидеикомиссу. Два послѣднихъ запрещенія постигали также проститутокъ, актриссъ и всѣхъ женщинъ, заклейменныхъ безчестіемъ (infamia) [5]). Даже честныя женщины не могли наслѣдовать по завѣщаніямъ и отказамъ иначе, какъ по вступленіи въ бракъ и рожденіи въ немъ дѣтей. А рядомъ съ этими наказаніями за безбрачіе, примѣнимымъ вдобавокъ одинаково какъ къ женщинамъ, такъ и къ мужчинамъ,

---

[1]) „Богатая женщина, это—бичъ“, восклицаетъ Сенека: „Impotens malum est beata uxor“. *Contror.*, l. vi, 5.—Богатыя римлянки довѣряли свое состояніе не мужьямъ, а управляющимъ, которые играли иногда и другую роль. Марціалъ, V, 61: „Crispulus ille quis est, uxori semper adhaeret.— Qui, Mariane, tuae?.. Uxoris res agit, inquis,... Iste meae... Res uxoris agit? res ullas crispulus iste?.. Res non uxoris, res agit ille tuas“.

[2]) D. Cassius (LXXVI, 16) сообщаетъ, что со времени его консульства было предъявлено 3000 обвиненій въ прелюбодѣяніи.

[3]) L. 18 D. XXII, 5; l. 20 § 6 D. XXVIII, 1.

[4]) Эту неспособность, введенную Lex Julia de adult. (l. 29 § 1; l. 11 § 13 D. XLVIII, 5), не слѣдуетъ смѣшивать съ той, которая установлена L. Papia, и о которой идетъ рѣчь въ слѣдующемъ примѣчаніи.

[5]) Это слѣдуетъ изъ того, что Lex Papia, съ одной стороны, разсматривала бракъ съ этими женщинами такъ, какъ бы онъ вовсе не существовалъ, а съ другой, лишалъ наслѣдства и отказовъ всѣхъ незамужнихъ женщинъ. Указываемая неспособность, которой часто старались избѣжать, была подтверждена и многими изъ послѣдующихъ законовъ. Светоній, *Domit.*, 8: „Probrosis feminis... ademit jus capiendi hereditates“. Ср. l. 41 § 1 D. XXIX, 1 (Адріанъ).

законъ устанавливалъ еще многочисленныя привиллегіи [1]) въ пользу супруговъ, производившихъ болѣе извѣстнаго числа законныхъ дѣтей. Слѣдуетъ, наконецъ, упомянуть и о денежныхъ пеняхъ, установленныхъ противъ супруга, который несправедливо разводился, или своимъ дурнымъ поведеніемъ подавалъ поводъ къ разводу [2]).

Когда Августъ выступилъ съ проектами этихъ различныхъ законовъ, онъ натолкнулся сначала на горячее сопротивленіе. Совершенно равнодушный къ потерѣ свободы, римскій народъ возмутился при прикосновеніи къ его порокамъ, и народное собраніе отклонило съ шумомъ законъ, переданный ему Сенатомъ [3]). Императоръ отступилъ, чтобъ выбрать впослѣдствіи болѣе благопріятный моментъ, и провелъ въ концѣ концовъ свои законы. Но онъ не добился ни остановки, ни замедленія общественной распущенности и могъ на своемъ же печальномъ опытѣ убѣдиться, что насколько деспоту легко портить и разрушать нравы, настолько же ему трудно ихъ возстановлять. Всѣ усилія законодателя, направленыя на то, чтобы сдержать существующій развратъ, вели къ его утонченію и новымъ формамъ. Законъ установилъ неспособность безбрачныхъ къ пріобрѣтенію отказовъ; безбрачные отвѣтили на это прикрытіемъ формой брака самыхъ безчестныхъ отношеній [4]), и, по словамъ Плутарха, браки стали заключать для того, чтобы имѣть не наслѣдниковъ, а наслѣдства [5]). Законъ опредѣлялъ наказанія за прелюбодѣяніе, не затрогивая проституціи; стремясь избѣгнуть этихъ наказаній, римскія матроны предавались публично ремеслу проститутокъ [6]). Законъ предоставлялъ множество привиллегій отцамъ большого числа дѣтей; чтобы воспользоваться этими привиллегіями,

---

[1]) Гай, I, 145, 194; III, 49; Ульп., XXIX, 3; Inst. III, 3 § 82.

[2]) См. выше, стр. 132.

[3]) Светоній, *Octav.*, 34; Проперцій, II, 6.

[4]) Сенека, *Fragm.*, XIII, 87: „Nam quid de viris pauperibus dicam, quorum in nomen mariti, ad eludendas leges quae contra caelibes latae sunt, pars magna conducitur"?

[5]) Плутархъ, *de Am. prolis*, 2 (изд. Didot, т. III, стр. 597).

[6]) Светоній, *Tiber.*, 35: „Feminae famosae, ut ad evitandas legum poenas jure ac dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri coeperunt". Тацитъ, *Анн.*, II, 85: „Gravibus senatus decretis libido feminarum coercita, cautumque ne quaestum corpore faceret cui avus aut pater aut maritus eques romanus fuisset".

сами мужья толкали своихъ женъ на внѣ-брачныя связи [1]). Въ виду обезпеченія своего дѣйствія, законъ приглашалъ всѣхъ гражданъ доносить въ уголовный судъ не только на жену, виновную въ прелюбодѣяніи, но и на мужа, согласнаго на это преступленіе [2]). И, такъ какъ большая часть денежныхъ штрафовъ, взыскиваемыхъ за эти преступленія противъ нравственности, поступала въ государственную кассу, то государство держало какъ въ Римѣ, такъ и въ Италіи, цѣлую армію доносчиковъ на жалованьи, спеціальность которыхъ составляло подсматриванье за семейнымъ позоромъ и его оглашеніе [3]). Вотъ каковы были законы, которые Августъ называлъ законами о стыдливости [4]), гордясь тѣмъ, что онъ возстановитъ ими чистоту древнихъ нравовъ [5]). Но никогда, даже въ мрачный вѣкъ Октавія и Тиверія, нравственность и стыдливость не терпѣли столько дерзкихъ посягательствъ, какъ въ то именно время, когда эти императоры выступили на ихъ защиту.

Римскіе законы шли еще дальше: они не только наказывали женщину за ея безпорядочное поведеніе, но запрещали ей также дѣйствія, которыя, не будучи сами по себѣ недозволенными, могли вывести ее тѣмъ не менѣе изъ приличествовавшей ея полу сдержанности.

Строгость нравовъ прежняго времени привязывала женщину къ семейному очагу; по ихъ примѣру, и новые законы хотѣли заключить юридическую дѣятельность женщины въ тѣсные предѣлы ея

---

[1]) Авзоній, *Epigr.*, 89: „Cui vivit adultera conjux—Papia lex placuit". Ювеналъ, XI, v. 87 и слѣд. Мужъ былъ здѣсь заинтересованъ еще другимъ образомъ: отвергнувъ жену, совершившую прелюбодѣяніе, онъ могъ пріобрѣсти часть ея приданаго.

[2]) L. 29 D. XLVIII, 5.

[3]) Тацитъ, *Анн.*, III, 28: „Inditi custodes, et lege P. Poppoea praemiis nducti, ut si a privilegiis parentur cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret. Sed altius penetrabant, urbemque et Italiam et quod usquam civium corripuerant; multorumque excisi status, et terror omnibus intentabatur".

[4]) „Lex Iulia de adulteriis et pudicitia".

[5]) Monum. Ancyr., II, 12 (Zumpt, Berlin, 1845): „Legibus novi (s latis e) xempla majorum exolescentia (revocavi et fugientia) jam ex nost (ra memoria) avitarum rerum exempla imitanda (edictis me) is proposui".—Придворные поэты не упускали говорить то же, что и императоръ. См. Горація, *Carm. sec.*, v. 17; *Od.*. IV, 5, v. 21: „Nullis polluitur casta domus stupris;—Mos et lex maculosum edomuit nefas" etc...

частныхъ дѣлъ и запретить ей, какъ несоотвѣтственныя ея полу, всѣ такія дѣйствія, въ которыхъ можно было бы видѣть вмѣшательство въ чужія дѣла. „Ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres“ [1]).

Отсюда возникло, прежде всего, воспрещеніе женщинѣ дѣйствовать на судѣ за другого. По прежнимъ законамъ женщины могли выступать на судѣ какъ для себя, такъ и для другихъ [2]), но злоупотребленіе ихъ этимъ правомъ достигло, говорятъ, такихъ размѣровъ, что смятеніе и соблазнъ проникли даже въ стѣны суда. Поэтому-то преторъ и лишилъ женщину эдиктомъ права дѣйствовать за чей бы то ни было посторонній счетъ на судѣ [3]). Это повело вскорѣ къ запрещенію ей совершать всякаго рода юридическіе акты для другихъ [4]); затѣмъ ей не дозволили вести и банкирскія дѣла [5]), и стали оспаривать у нея даже способность къ свидѣтельству на судѣ [6]); наконецъ, ей запретили и поручательство по чужимъ долгамъ, что̀ было дѣломъ сенатусъ-консульта Веллейана, оказавшагося, такимъ образомъ, необходимымъ дополненіемъ ко всей этой новой системѣ законодательства.

Спросимъ теперь, въ заключеніе общаго обзора всѣхъ этихъ законовъ, какова была ихъ судьба? Всѣ они оказались безсильными и не замедлили выйти изъ употребленія. Законы противъ роскоши, бывшіе въ такомъ ходу до Августа, потеряли со времени этого императора всякое значеніе [7]). Законъ Воконія пересталъ примѣняться уже во время Авла Геллія [8]). Законы Папія безпрестанно пересматривавшіеся и видоизмѣнявшіеся, исчезли

---

1) L. 1 § 5 D. III, 1.

2) Квинтил., I, I, 6.—См. выше, стр.

3) L. 1 § 5 D. 3, 1: „...Origo vero introducta est ab Afrania (+ 48 г. по Р. Х.), improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto“. Валер. Макс., VIII, III, 2.

4) L. 2 D. L, 17: „Nec judices esse possunt,... nec postulare,... nec procuratores existere“.

5) L. 12 D. II, 13: „Cum ea opera virilis sit“.

6) Слѣдуетъ замѣтить выражающіе сомнѣніе обороты рѣчи въ 18 D. XXII, 5; l. 20 § 6 D. XXVIII, 1 (argumento est, ex colligitur).

7) Aul. Gel., II, 24; Macrob., III, 17 (II, 13).

8) Id., XX, 1: „Quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus? Omnia tamen haec obliterata et operta sunt civitatis opulentia“.

съ успѣхами христіанства [1]). Остался одинъ лишь сенатусъ-консультъ Веллейана, который не только пережилъ Имперію, но былъ принятъ и завоевателями Рима. Отклоненный отъ своего первоначальнаго назначенія, онъ началъ служить новымъ цѣлямъ, и, вызванный къ жизни мѣстными и временными требованіями, сталъ впослѣдствіи соотвѣтствовать общимъ и постояннымъ потребностямъ. Придя тутъ къ центральному пункту нашего изслѣдованія, мы должны остановиться на немъ нѣсколько времени и допросить по пандектамъ оффиціальныхъ истолкователей нашего сенатусъ-консульта о смыслѣ и духѣ его распоряженій.

IV.

Сенатусъ-консультъ Веллейана отрицаетъ за собою характеръ законодательнаго новшества [2]); онъ ссылается на древнюю юриспруденцію, которую хочетъ, какъ будто, лишь подтвердить и укрѣпить: „Jta jus ante dicta esse videtur“. Гдѣ же его юридическіе прецеденты? Въ эдиктахъ ли Августа и Клавдія, воспрещающихъ женамъ обязываться въ пользу ихъ мужей, или въ древнемъ принципѣ исключенія женщины изъ всѣхъ дѣлъ, предполагающихъ мужскую силу? Этотъ вопросъ имѣетъ болѣе важности, чѣмъ это могло бы показаться съ перваго взгляда, такъ какъ нашъ сенатусъ-консультъ получитъ то или другое значеніе и примѣненіе, смотря по тому, съ какими изъ двухъ указанныхъ источниковъ будетъ связано его происхожденіе. Эдикты Августа

---

[1]) L. 1 § 2 C. VIII, 58.

[2]) Не опредѣленное въ точности время изданія сенатусъ-консульта Веллейана должно находиться между вступленіемъ на престолъ Клавдія (l. 2 D. h. t.) и смертью Веспасіана (l. 16 § 1 D. h. t.; ср. l. 2 § 47 D. 1, 2). Вотъ текстъ этого сенатусъ-консульта по пандектамъ: „Quod Marcus Sillanus et Vellejus Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re senatus voluntas servetur“.

и Клавдія были изданы въ пользу женщинъ и въ интересѣ ихъ приданаго; напротивъ, исключеніе женщины изъ всѣхъ дѣлъ, составлявшихъ прерогативу мужчины, было установлено противъ женщины и въ интересѣ публичной морали. Если бы сенатусъ-консультъ былъ только послѣдствіемъ такого исключенія, то его приходилось бы толковать такъ, какъ бы онъ былъ изданъ не въ пользу, а противъ женщины; наоборотъ, считать сенатусъ-консультъ расширеніемъ эдикта Августа значило бы разсматривать его какъ привиллегію женщины, какъ мѣру защиты и благоволенія по отношенію къ ней. Между той или другой точкой зрѣнія возможно было бы колебаніе, если бы самъ сенатусъ-консультъ не высказывался настолько ясно, чтобы устранить этимъ всякое сомнѣніе: за мотивъ своихъ распоряженій онъ выдаетъ не эдиктъ Августа, а исключительно одинъ древній принципъ: „Feminas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non est aequum". Выше было уже указано на соціальные интересы и политическія требованія, подъ вліяніемъ которыхъ древній законодатель ограничивалъ правоспособность женщины для того, чтобы стѣснить ея вліяніе. Такова же была единственная цѣль и сенатусъ-консульта Веллейана.

Не будемъ, однако, удивляться, если римскіе юристы, интерпретируя настоящій сенатусъ-консультъ, ссылаются часто и на интересъ женщины. Этотъ интересъ, или, по крайней мѣрѣ, интересъ приданаго, лежалъ въ основаніи эдиктовъ Августа и Клавдія, и эти эдикты были не столько отмѣнены, сколько поглощены болѣе широкими распоряженіями сенатусъ-консульта Веллейана. Мотивъ эдиктовъ, интересъ приданаго, сохранялъ, тѣмъ не менѣе, свою силу и послѣ того, какъ эти эдикты перестали дѣйствовать. Поэтому не удивительно, что этотъ же мотивъ вліялъ часто на толкованіе и самого Веллейановскаго сенатусъ-консульта [1]).

Намъ важно запастись этими предварительными свѣдѣніями о цѣли и духѣ сенатусъ-консульта, чтобы имѣть руководящую нить въ лабиринтѣ посвященныхъ ему остроумныхъ и слишкомъ тонкихъ толкованій римскихъ юристовъ. Женщина не можетъ обязываться для другого—вотъ единственное положеніе сенатусъ-

---

[1]) Ср. l. 2 §§ 2 и 3; l. 4 § 1; l. 21 § 1 D. h. t.

консульта. Но мы сейчасъ увидимъ, что это положеніе далеко не такъ просто, какъ оно кажется [1]).

Женщина обязывается для другого или, говоря техническимъ языкомъ, она *интерцедируетъ*—въ тѣхъ случаяхъ, когда, идя на встрѣчу какому-нибудь должнику, она или присоединяется къ нему съ тѣмъ, чтобы раздѣлить его обязательство, или становится сама на его мѣсто съ тѣмъ, чтобы снять лежащее на немъ обязательство [2]). Въ обоихъ случаяхъ женщина вступаетъ въ обязательство, существовавшее уже до ея вступленія въ него; но возможно, что она принимаетъ на себя обязательство для другого, или совершаетъ такъ наз. *интерцессію*, и безъ того, чтобы эта интерцессія связывалась съ какимъ бы то ни было предшествующимъ ей обязательствомъ. Напр., Сей, нуждаясь въ деньгахъ, проситъ ихъ взаймы у Тиція; Тицій колеблется, сомнѣваясь въ платежной способности Сея; тутъ то и показывается женщина которая принимаетъ на себя весь рискъ по сдѣлкѣ и занимаетъ сама у Тиція деньги, передаваемыя ею затѣмъ Сею [3]). Въ этомъ случаѣ женщина обязывается одна, и ея обязательство, повидимому, изолированное и независимое, есть ничто иное, какъ интерцессія; то же самое нужно сказать и о всякомъ договорѣ, по которому обязывается женщина, а всѣ выгоды получаются третьимъ лицомъ [4]).

Изъ приведенныхъ примѣровъ уже видно, что интерцессія можетъ облекаться въ самыя разнообразныя формы, и что для опредѣленія того, есть ли въ данномъ актѣ интерцессія или нѣтъ нельзя останавливаться на формѣ этого акта, а надо идти до самой сущности его и стараться раскрыть путемъ анализа то,

---

[1]) Ср. Bachofen, *Ausg. Lehren des röm. Civilrechts*, I, Bonn, 1848; Girtanner, *die Burgschaft*, Iena, 1850, т. I, гл. VII; Dubois, *de la Condition des femmes sous le rapport du S. C. Velléien*, Paris, 1860.

[2]) L. 4 C. h. t. IV, 29: „Senatus-consultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona consistit, mulier *in se transtulit ve participavit*".

[3]) L. 8 § 14, D. h. t.: „Si cum essem tecum contracturus, mulier intervenerit ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse".

[4]) Словомъ, женщина интерцедируетъ или беря на себя уже существующее обязательство, или создавая новое обязательство: „Obligationem alienam recipit vel veterem vel novam". L. 8 § 1 D. h. t. На эти двѣ формы интерцессіи и указываетъ сенатусъ-консультъ въ словахъ: „Fidejussiones et mutui dationes pro aliis".

заключаются ли въ немъ всѣ основные элементы запрещенной интерцессіи. Я попытаюсь быстро и, возможно исчерпывающимъ образомъ указать на эти основные элементы.

Необходимо, прежде всего, чтобы женщина обязывалась. Если вмѣсто того, чтобы обязываться, она отчуждаетъ что-либо въ пользу другого, сенатусъ-консультъ не находитъ примѣненія, и римскіе юристы объясняютъ это такъ: ясная и наличная потеря имущества менѣе опасна, чѣмъ обязательство, послѣдствія котораго нельзя предвидѣть, такъ что поддаться обязательству легче, чѣмъ сдѣлкамъ перваго рода: „facilius se obligat mulier quam alicui donat“ [1]).

Однако, послѣдствія этого перваго правила не всегда легко предусмотрѣть; вотъ, напр., одно изъ нихъ, способное служить образчикомъ діалектики римскихъ юристовъ, одинаково утонченной и исполненной практическаго смысла. Женщина, имѣющая первую закладную на своего должника, уступаетъ свое мѣсто стоящему послѣ нея кредитору по второй закладной на имущество того же должника. Законно ли въ этомъ случаѣ ея дѣйствіе, и отчуждаетъ ли она здѣсь, или интерцедируетъ? Она отчуждаетъ, отвѣчаютъ Ульпіанъ и Африканъ [2]), если она вполнѣ отказывается отъ своей закладной, и она интерцедируетъ, если, не отказываясь отъ закладной, она уступаетъ стоящему за нею кредитору свое преимущественное право на удовлетвореніе по этой закладной. Вотъ различіе, которое, несмотря на то, что оно кажется ухищреніемъ, вполнѣ логично и, что̀ важнѣе, разумно. Женщина отказывающаяся отъ своего привиллегированнаго мѣста по удовлетворенію изъ заложеннаго ей имущества въ пользу другого кредитора, не отчуждаетъ, а какъ бы снова закладываетъ этому кредитору то иму-

---

[1]) L. 4 § 1, 5; l. 8 § 5 D. h. t.; cp. l. 32 § 2 D. h. t.— * По другому мнѣнію, сенатусъ-консультъ Веллейана имѣетъ въ виду не только обязательства, но и отчужденія, совершаемыя въ чужомъ интересѣ, если только эти отчужденія не представляютъ собою дареній. Но какъ законъ Цинція по отношенію къ даренію, такъ и сенатусъ-консультъ Веллейана допускаетъ отмѣну только тѣхъ отчужденій, которыя не вполнѣ еще завершены и не лишаютъ во всѣхъ отношеніяхъ прежняго собственника его имущества. Такъ слѣдуетъ объяснять рядъ трудныхъ и важныхъ текстовъ и, въ особенности, l. 32 § 2. D. XVI, 1; l. 39 § 1. D. VI, 1. Въ этомъ смыслѣ высказывается Labbé, приложеніе къ *Dissertations de droit romain et de droit français* par. E. Machelard, 1882, стр. 400 и слѣд.

[2]) L. 8 и 17, § 1. D. h. t.

щество, которое было заложено, прежде всего, ей, а это составляетъ такую же интерцессію, какъ если бы она закладывала свое собственное имущество, или обязывала самоё себя. Отказываясь отъ всѣхъ своихъ законныхъ правъ, она совершаетъ, напротивъ, явное и наличное отчужденіе, не запрещенное ей никакимъ закономъ. Этотъ актъ ясно различается отъ уступки одного привиллегированнаго положенія по удовлетворенію изъ залога, подвергающаго женщину въ будущемъ только возможнымъ убыткамъ, которыхъ она не можетъ измѣрить. Предупрежденіе ея отъ этой именно опасности и составляетъ цѣль сенатусъ-консульта Веллейана.

Но для того, чтобы ссылаться на этотъ сенатусъ-консультъ, недостаточно простого обязательства; нужно еще, чтобы это обязательство было въ пользу другого. Если женщина принимаетъ на себя не чужое обязательство, она связывается, такъ какъ неспособность ея состоитъ не въ томъ, что она не можетъ обязываться, а въ томъ, что она не можетъ интерцедировать, т.-е. обязываться для другихъ. Въ примѣненіи этого правила то же изобиліе тонкостей, для иллюстраціи которыхъ я приведу наименѣе сложный случай. Опекунъ хочетъ подвергнуть продажѣ нѣкоторыя имущества своего подъопекаемаго, такъ какъ имъ угрожаетъ порча. Мать подопекаемаго, желая сохранить эти имущества, уговариваетъ опекуна не продавать ихъ и обязывается вознаградить его за убытки, если бы онъ впослѣдствіи подвергся преслѣдованію за дурное управленіе опекой. Это дѣйствительно и имѣетъ мѣсто: опекунъ осужденъ судомъ и обращается послѣ того съ искомъ объ убыткахъ къ матери подопекаекаемаго. Имѣетъ ли она возможность укрыться за сенатусъ-консультъ Веллейана? Нѣтъ, потому что она не интерцедировала. Правда, она обязывалась, и обязывалась въ пользу опекуна, но принятое ею на себя обязательство не было обязательствомъ, лежавшимъ на опекунѣ; это было новое обязательство, ею одной созданное, отъ нея одной исходившее и совершенно независимое: „nullam obligationem recepit, sed ipsa fecit hanc obligationem“ [1]). Интерцессія ея въ пользу опекуна имѣла бы мѣсто въ томъ случаѣ, если бы она обязалась передъ его кредиторомъ, т.-е. подопекаемымъ; но какъ бы она

[1]) L. 8 § 1 D. h. t.; L. 22, C. h. t.; Павелъ, Sent., II, 11, § 2.

могла интерцедировать въ пользу опекуна, обязываясь передъ тѣмъ же опекуномъ [1])?

Необходимо, далѣе, чтобы женщина обязывалась не только для другого, но и въ интересѣ другого. Если вступая въ обязательство для другого, она извлекаетъ изъ него какую-либо личную выгоду, она не интерцедируетъ въ настоящемъ смыслѣ этого слова, такъ какъ интерцедировать значить вести дѣло другого, а не устраивать собственное дѣло [2]). Юристы формулируютъ обыкновенно это положеніе такъ, что объявляютъ женщину связанной ея обязательствомъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда она получаетъ плату за свою интерцессію И говоря о платѣ, они не требуютъ того, чтобы полученная выгода составляла эквивалентъ понесеннаго ущерба; важно не то, какъ велика или ничтожна эта выгода, а то, чтобы она была причиной обязательства. Все рѣшается намѣреніемъ женщины: если она *хотѣла* вести свое дѣло, интерцессіи не будетъ, какой бы она ни несла убытокъ отъ этого дѣла [3]).

Нужно наконецъ, и это четвертое условіе, чтобы дѣйствіе женщины, хотя и предпринятое въ чужомъ интересѣ, не представляло собою даренія, такъ какъ неспособность ея относится опять къ интерцессіи, а не къ даренію. Если же женщинѣ разрѣшается дареніе деньгами, въ которыхъ нуждается должникъ для расплаты со своими долгами, то почему она не можетъ совершить въ пользу него то же самое дареніе, вступая только въ обязательство на его мѣстѣ? А потому, что дареніе и интерцессія

---

[1]) L. 19 D. h. t.; l. 71 D. 46, 1. Нашъ Куяцій резюмировалъ эту доктрину съ точностью, достойной самихъ римскихъ юристовъ *Recitat. ad fr. 8 §1 h. t.*; t. IV, col. 245, éd. Fabrot): „Intercedit mulier, si nomine ejus quod pupillus debiturus est tutori, tutori indemnetatem promiserit; item intercedit, si nomine ejus quod tutor debiturus est pupillo, pupillo indemnitatem promiserit. At contra: si nomine ejus quod pupillus debet tutori, ipsi pupillo mulier caverit, vel si nomine ejus quod tutor debet pupillo, ipsi tutori mulier caverit, mulier non intercedit, *sed ipsa facit obligationem*".

[2]) L. 27 § 2, l. 8 § 2, 24 D. h. t.; L. 2, 6 C. h. t.; ср. l. 17 D. h. t.

[3]) Ср. Vangerow, *Lehrbuch*, т. III, стр. 164. Возможно, что женщина имѣетъ въ виду одновременно и свой интересъ, и интересъ другого, что она обязывается въ извѣстной суммѣ по своему дѣлу, а въ остальной по дѣлу другого; въ этомъ случаѣ ея обязательство дѣйствительно только въ своей первой части. Это часто имѣетъ мѣсто при вступленіи въ обязательство женщины, въ качествѣ солидарнаго должника. L. 17 § 2 D. h. t.; Demangeat, *des Obligations solidaires en droit romain*, стр. 345.

существенно различны другъ отъ друга: женщина, производящая дареніе, терпитъ въ настоящемъ явное уменьшеніе своего имущества; напротивъ, женщина интерцедирующая подвергаетъ себя лишь отдаленному и еще невѣрному пожертвованію имуществомъ. Сенатъ, говоритъ Ульпіанъ, хотѣлъ помочь „женщинѣ, которая обязывается, а не женщинѣ, которая даритъ, такъ какъ гораздо легче обѣщать, чѣмъ подарить“ [1]). Но что нужно для того, чтобы интерцессія превратилась въ дареніе? Одного намѣренія подарить и духа щедрости или благотворенія для этого недостаточно. Необходимо еще дѣйствительное, реально совершенное дареніе, т.-е. уменьшеніе имущества женщины и обогащеніе того, въ пользу кого она дѣйствуетъ. Поэтому женщина скорѣе интерцедируетъ, чѣмъ даритъ, когда она вступаетъ въ поручительство, отказываясь даже отъ всякаго обратнаго требованія къ должнику, за котораго ручается. Въ этомъ случаѣ она не обогащаетъ должника, который остается, какъ и прежде, должникомъ по своему обязательству. Терпя же въ извѣстномъ смыслѣ уменьшеніе въ имуществѣ, она не имѣетъ, по крайней мѣрѣ, намѣренія произвести это уменьшеніе, такъ какъ, присоединяясь, въ качествѣ поручителя, къ обязательству главнаго должника, она хочетъ помочь ему только своимъ кредитомъ, но не кошелькомъ. Предположимъ, наоборотъ, что, обязываясь для своего друга, она освобождаетъ его безвозмездно отъ лежащаго на немъ долга или, заключая заемъ въ интересѣ того же друга, она предоставляетъ ему безвозмездно занятую сумму. Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло не съ интерцессіей, а съ дареніемъ, такъ какъ увеличеніе имущества на одной сторонѣ, на сторонѣ друга, и уменьшеніе его на другой, на сторонѣ женщины, составляютъ здѣсь дѣйствительные и несомнѣнные факты.

Намъ, можетъ-быть, скажутъ, что интерцессію нельзя представить себѣ ни въ одномъ изъ приведенныхъ рядовъ случаевъ. Или женщина дѣйствуетъ безкорыстно, и тогда она не интерцедируетъ, а даритъ; или она обязывается, выговаривая себѣ вознагражденіе, и тогда опять нѣтъ интерцессіи, такъ какъ происходитъ веденіе собственнаго дѣла. Когда же будетъ интерцессія? А вотъ когда: лицо, въ интересѣ котораго женщина заключаетъ

---

[1]) L. 4 § 1 D. h. t.

обязательство, не платитъ вознагражденія и не принимаетъ даренія, а просто обязывается передъ ней въ томъ, что вознаградитъ ее въ будущемъ за убытки, могущіе возникнуть изъ ея интерцессіи. Въ этомъ случаѣ женщина, дѣйствительно, не *даритъ* и не *получаетъ* ничего; она не осуществляетъ ни пріобрѣтенія, ни потери въ настоящемъ, а лишь обязывается и обязываетъ передъ собою другого. Подвергая себя опасности отдаленнаго и невѣрнаго ущерба, она получаетъ въ обмѣнъ надежду на такое же отдаленное и невѣрное вознагражденіе. Отъ такихъ именно сдѣлокъ, въ которыхъ увлеченіе особенно возможно, римская юриспруденція и хотѣла предупредить женскую слабость. Здѣсь была настоящая интерцессія, противъ которой и возсталъ сенатусъ-консультъ Веллейана.

Но какъ онъ возсталъ? Вовсе не прямымъ запрещеніемъ, и всякій читатель, мало знакомый со слогомъ римскихъ законовъ, будетъ приведенъ въ изумленіе нерѣшительностью и робостью языка нашего сенатусъ-консульта. „Сенатъ думаетъ, — читаемъ мы здѣсь, — что магистраты поступятъ умно и правильно, если приложатъ свои усилія къ тому, чтобы его (т.-е. Сената) намѣренія были исполнены“. Этотъ странный въ устахъ законодателя языкъ есть обычный и традиціонный стиль римскаго Сената. Будучи сначала совѣщательнымъ учрежденіемъ и давая только совѣты, Сенатъ сохранилъ старыя формулы и продолжалъ облекать свои рѣшенія въ форму мнѣній и пожеланій — даже послѣ того, какъ характеръ его власти измѣнялся, и его мнѣнія и пожеланія стали приказами [1]). Поэтому-то намъ и не слѣдуетъ обманываться формой: подъ неопредѣленными оборотами рѣчи сенатусъ-консульта скрывается рѣшительное и строгое запрещеніе интерцессіи, на что указываетъ и энергичное выраженіе юриста Юліана: „totam obligationem senatus improbat“ [2]). Изъ сдѣлокъ, осужденныхъ Сенатомъ, не должно оставаться ничего, и если женщина въ невѣдѣніи закона, произведетъ платежъ по такой сдѣлкѣ, то это будетъ платежъ, лишенный основанія и столь же недѣйствительный, какъ недѣйствительно и обязательство по которому онъ произве-

[1]) Brisson, *de Formulis*, L. 11, c. 73, 109; Іерингъ, Geist des römisch. Rechts, т. II, стр. 292.

[2]) L. 16 § 1 D. h. t. Сенатусъ-консультъ не оставляетъ мѣста даже натуральному обязательству. Ср. l. 9 § 3 D. XIV, 7.

денъ: его можно истребовать обратно, какъ платежъ недолжнаго [1]). Но, если правило сенатусъ-консульта абсолютно, если его дѣйствіе не знаетъ въ сущности исключеній, [2]) то оно допускаетъ все-таки ограниченія, основанныя на природѣ вещей и намѣреніи и цѣли законодателя. Оно перестаетъ, напр., примѣняться, если интерцессія имѣетъ справедливое основаніе, *justa causa*—если, интерцедируя въ чужое обязательство, женщина исполняетъ только свой нравственный долгъ, или долгъ благочестія. Если она пользуется своимъ кредитомъ для того, чтобы доставить приданое дочери, или вступается въ процессъ для защиты интересовъ своего больного или отсутствующаго мужа [3]), то какъ поставить ей въ упрекъ вмѣшательство въ чужое дѣло? Она дѣйствуетъ въ такихъ случаяхъ въ своемъ интересѣ или, лучше сказать, въ сознаніи своего долга, такъ что, принимая здѣсь интерцессію, необходимо признать что эта интерцессія—не запрещенная.

Равнымъ образомъ примѣненіе сенатусъ-консульта останавливается и въ случаяхъ противоположныхъ приведеннымъ, — когда женщина оказывается виновной въ обманѣ: „сенатусъ-консультъ, говоритъ Ульпіанъ [4]), приходитъ на помощь обманутымъ, но не тѣмъ, кто обманываетъ". Женщина совершаетъ обманъ не только тогда, когда морочитъ кредитора своими происками, но и тогда, когда, освѣдомленная о прикрытіи, доставляемомъ ей сенатусъ-консультомъ, она намѣренно оставляетъ кредитора въ невѣдѣніи этого обстоятельства: молчаніе тутъ равносильно лжи [5]).

Но составляютъ-ли обманъ и притворство единственные факты,

---

[1]) L. 8, § 3 D. h. t.; l. 26 § 3, 40 D. XII, 6. Платежъ ничтоженъ, какъ платежъ, но онъ сохраняетъ силу, какъ актъ передачи собственности; для того, чтобы объяснить l. 32 § 2 D. h. t., — которая предоставляетъ искъ о собственности, опирающійся на реплику изъ нашего сенатусъ-консульта, женщинѣ, отдавшей кредитору свой земельный участокъ, въ видѣ платы за свою интерцессію,—нужно предположить, что женщина, произведя передачу fundus italicus, удержала за собою на него *квиритскую собственность*

[2]) L. 2 § 5; l. 8 § 15 D. h. t.; Павелъ, Sent., II, 11, § 1.

[3]) L. 41 D. III, 3; l. 32 § 2 D. XII, 6; l. 3 §§ 2 и 3 D. XL, 12.

[4]) L. 2 § 3 D. h. t.

[5]) L. 30 D. h. t: „Si decipiendi animo vel cum sciret se non teneri mulier intercesserit, exceptio ei scti non datur". Предполагается даже dolus, когда интерцессія скрыта. См. выше, стр. 151.

отнимающіе у женщины льготу сенатусъ-консульта? Не можетъ ли она сама лишиться этой льготы отреченіемъ отъ нея? Этотъ вопросъ имѣетъ большую школьную славу, въ которой,—по шумнымъ спорамъ, имъ возбужденнымъ отъ времени глоссаторовъ до нашихъ дней,—у него можетъ найтись лишь немного соперниковъ. Между тѣмъ, нигдѣ, можетъ быть, основанія для рѣшенія не представляются такими простыми и ясными.

Можно ли въ самомъ дѣлѣ, представить обѣ болѣе неоспоримый принципъ, чѣмъ слѣдующій: ни одно лицо, объявленное неспособнымъ, не можетъ присвоить себѣ способность, отрицаемую за нимъ закономъ; не выше ли всѣхъ противорѣчащихъ ему частныхъ соглашеній законъ, интересующій общественный порядокъ и добрые нравы? Ктомѣ того, слѣдуетъ помнить, что запрещеніе сенатусъ-консульта Веллейана, абсолютно. Развѣ оно не поражаетъ недѣйствительностью всякіи актъ, предпринимаемый женщиной въ обходъ ему: „omnia quae in fraudem senatus consulti excogitata probari possunt“ [1])? И возможно ли допустить, чтобы законодатель, препятствуя женщинѣ уклоняться тайно отъ его предписанія, позволялъ ей открыто освобождать себя отъ дѣйствія этого предписанія, и чтобы разрушая собственноручно свое дѣло, онъ дозволялъ съ одной стороны то, что запрещалъ, съ другой?

Поэтому-то большинство авторовъ, допускающихъ дѣйствительность отреченія женщины отъ предоставленнаго ей сенатусъ-консультомъ возраженія противъ интерцедированнаго обязательства, принуждены признать, что это мнѣніе противорѣчитъ какъ духу, такъ и тексту сенатусъ-консульта, и что оно получило силу только впослѣдствіи, благодаря юриспруденціи, искавшей постоянно обхода запрещенія Сената подъ предлогомъ его объясненія. Что таково было нѣсколько столѣтій спустя стремленіе юриспруденціи, это я охотно признаю и самъ покажу въ дальнѣйшемъ теченіи моей работы. Но чтобы и въ эпоху классическихъ юристовъ и, такъ сказать, на другой день послѣ изданія сенатусъ-консульта, его уже такъ исказили и по смыслу, и въ примѣненіи, этому нельзя повѣрить безъ доказательствъ и точныхъ текстовъ Какіе же тексты приводятся въ подтвержденіе этого мнѣнія? Ихъ три: первый представляетъ собою рѣшеніе частнаго случая, которое, если его

---

[1]) L. 29 § 1 D. h. t

правильно понять, говорить скорѣе въ пользу нашего чѣмъ, противнаго намъ мнѣнія [1]); два другихъ исходятъ отъ Юстиніана, и такъ какъ они имѣютъ своимъ предметомъ не примѣненіе, а отмѣну классическаго права, то обсужденіе ихъ неумѣстно въ настоящую минуту; мы встрѣтимся съ ними впослѣдствіи.

Я могу здѣсь кончить это бѣглое изложеніе римской юриспруденціи и поставить въ заключеніе его тотъ же принципъ, который былъ указанъ и въ началѣ этого изложенія: интерцессія женщины осуждена, такъ какъ она признана противной общественному порядку и добрымъ нравамъ. Поэтому и запрещеніе сенатусъ-консульта Веллейана относилось не къ интерцессіи жены въ пользу мужа (такая интерцессія была уже запрещена), а къ интерцессіи женщины въ пользу всякаго посторонняго для нея лица. Поэтому-же это запрещеніе было абсолютно и разрушало обязательство въ самомъ его существѣ, такъ что запрещеніи нельзя было ни избѣгнуть, ни устранить отреченіемъ. Таково было отношеніе господствовавшей юриспруденціи и доктрины къ сенатусъ-консульту не только въ эпоху его изданія но и спустя еще два столѣтія, до самого упадка классическаго римскаго права. Что же стало съ

[1]) L. 32 § 4 D. h. t.: „Si mulier pro eo pro quo intercesserit judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam scti exceptionem opponere potest, *cavere debebit exceptione se non usuram*, et sic ad judicem ire". Я сдѣлаю по поводу этого спорнаго рѣшенія только одно замѣчаніе. Предписанная здѣсь *cautio* была бы не только безполезна, но и непонятна, если бы женщинѣ было позволено отказываться прямо отъ своего возраженія, основаннаго на сенатусъ-консультѣ. Въ этомъ случаѣ, для гарантіи кредитора, она должна была бы только объявить, что отказывается отъ возраженія, и оно уже съ этого момента было бы для нея утрачено. Если же ей, даже послѣ такого отказа, вмѣняется въ обязанность гарантировать своего кредитора, *in jure* и путемъ *cautio*—въ томъ, что она не воспользуется своимъ возраженіемъ, то это дѣлается, очевидно, потому, что какъ послѣ своего отреченія, такъ и не взирая на это отреченіе, она сохраняетъ за собою и можетъ получить отъ претора то самое возраженіе, отъ котораго она только-что отреклась. Но я готовъ допустить, что эта *cautio* была въ сущности не чѣмъ инымъ, какъ средствомъ обойти законъ. Во всякомъ случаѣ, она представляла гарантію противъ обмана и обезпечивала контроль со стороны магистрата, въ руки котораго она поступала. Римскіе юристы, всегда изобрѣтательные на средства, хотѣли предоставить такимъ образомъ магистрату возможность избѣгнуть примѣненія закона тамъ, гдѣ этого потребовали бы существенные интересы.

этимъ сенатусъ-консультомъ послѣ, когда римское право, отдалившись отъ паганизма, должно было примѣняться къ новой религіи и къ условіямъ жизни новыхъ народовъ? Въ этотъ моментъ античный міръ оканчивается и начинаются средніе вѣка. Слѣдить далѣе за исторіей древнихъ учрежденій Рима было бы невозможно, если бы мы не сблизили ихъ съ учрежденіями христіанскаго и германскаго міра; соприкосновеніе съ этими послѣдними должно было обновить и преобразовать римское право.

КНИГА II.

Переходъ отъ античнаго міра къ новому времени.

КНИГА II.

Переходъ отъ античнаго міра къ новому времени.

Когда отъ античнаго міра переходишь къ среднимъ вѣкамъ, можно подумать, что изъ области порядка и свѣта попадаешь въ царство мрака и хаоса. Въ законодательствахъ классической древности все симметрично, правильно, гармонично; въ обычаяхъ среднихъ вѣковъ все на первый взглядъ разнородно, спутано, несвязно. Вмѣсто греческаго или римскаго храма, съ его простыми и правильными очертаніями, предъ нами выступаетъ готическій памятникъ, главныя линіи котораго теряются въ неопредѣленной массѣ деталей. Это богатство, это разнообразіе деталей составляетъ отличительную черту законодательства среднихъ вѣковъ, точно такъ же, какъ простота и единство цѣлаго характеризуютъ древнія законодательства. Централизаторскій геній римлянъ сумѣлъ сочетать всѣ элементы права въ одну обширную систему и слить всѣ націи цивилизованнаго міра въ одну огромную имперію. Но въ тотъ день, когда пала Западная Имперія, погибло и это двойное единство; узы могущественной централизаціи, поглощавшія всѣхъ гражданъ въ государствѣ и всѣ государства—въ Римѣ, были навсегда порваны. Индивидуальная независимость, долго стѣсняемая, прорывается со всѣхъ сторонъ наружу, и мы видимъ, какъ каждый народъ, каждая община, каждая корпорація, чуть ли не каждая семья, создаетъ свой мѣстный статутъ, свое особое законодательство.

Прежде чѣмъ приступать къ изслѣдованію того, что отличаетъ и раздѣляетъ разные народы Европы, я хотѣлъ бы въ этой книгѣ указать на то, что ихъ соединяетъ. Движеніе шло разными пу-

тями, но точки отправленія были однѣ и тѣ же; всѣ европейскіе народы сохраняли, несмотря на различіе въ судьбахъ, слѣды общаго происхожденія, и даже тѣ, которые развивались въ противоположныхъ направленіяхъ, напр., Швеція и Испанія, представляютъ и въ настоящее время болѣе сходства между собой, чѣмъ это было когда-либо между Персіей и Индіей, или Греціей и Египтомъ. Какъ ни велико, дѣйствительно, въ христіанской Европѣ разнообразіе законовъ и мѣстныхъ обычаевъ, тѣ и другіе могутъ быть сведены, послѣ анализа, къ тремъ элементамъ, всегда тождественнымъ, хотя и соединеннымъ въ различныя комбинаціи: 1) римское право, которое еще въ наши дни подчиняетъ своему вліянію большинство народовъ—точно такъ же, какъ оно нѣкогда соединяло ихъ подъ одной властью; 2) народные обычаи германцевъ и скандинавовъ, которые распространили свое вліяніе отъ сѣвера Европы до Средиземнаго моря и видоизмѣнили повсюду римскій элементъ; и, наконецъ, 3) каноническое право или, общѣе, принципы права, которые выросли на почвѣ христіанства и сдѣлались общей и незыблемой основой всѣхъ европейскихъ законодательствъ.

ГЛАВА I.

Христіанство.

Остановимся прежде всего на христіанствѣ—этотъ факторъ является доминирующимъ. Именно его вліяніе сдѣлало изъ Европы общее отечество, а изъ населяющихъ ее націй—одну семью народовъ. Если бы эти націи соединяло другъ съ другомъ лишь ихъ прошлое, если бы у нихъ не было другой связи, кромѣ воспоминаній объ общемъ происхожденіи,—эта связь изъ вѣка въ вѣкъ становилась бы слабѣе. Благодаря христіанству, всѣ европейскіе народы преслѣдуютъ одинъ идеалъ, идутъ къ одной цѣли, такъ что каждый шагъ впередъ по пути цивилизаціи не раздѣляетъ ихъ, а, напротивъ, сближаетъ. Болѣе того, какъ представить себѣ безъ вліянія церкви примиреніе и соединеніе двухъ столь противоположныхъ другъ другу системъ права, какъ римская и германская? Могли-ли бы иначе двѣ субстанціи, столь разнородныя, сочетаться и слиться?

Только христіанство, подчинивъ и смягчивъ эти враждебные элементы, связало ихъ въ одно цѣлое и послужило какъ бы цементомъ для зданій современныхъ законодательствъ.

Среди всѣхъ явленій, вызванныхъ христіанствомъ, я могу остановиться лишь на измѣненіи, произведенномъ имъ въ гражданскомъ положеніи женщины. Чтобы понять всю важность этого измѣненія, необходимо бросить взглядъ на прошлое. Читая предыдущія главы, можно было уже замѣтить, что у разныхъ языческихъ народовъ положеніе женщины оставалось почти неизмѣненнымъ, несмотря на общій ростъ культуры и прогрессъ законодательства. Оно скорѣе даже ухудшалось, и всѣ сохранившіеся памятники первобытныхъ временъ свидѣтельствуютъ, что въ эпоху грубыхъ, варварскихъ учрежденій и нравовъ женщина была окружена бо́льшимъ почетомъ и уваженіемъ, чѣмъ позднѣе, при утонченныхъ и научно обработанныхъ законодательствахъ временъ Августа и Перикла. Это явленіе можетъ съ перваго взгляда показаться страннымъ и необъяснимымъ; но если вдуматься въ него, то окажется, что оно—послѣдствіе язычества. Въ языческихъ обществахъ главнымъ факторомъ прогресса служила не религія, а философія; религіозная вѣра, у этихъ народовъ ослабѣвала по мѣрѣ того, какъ отъ мрака они переходили къ свѣту. Но абстрактныя высоты античной мудрости были доступны лишь людямъ, развившимся подъ вліяніемъ настойчивой умственной работы. Не для обреченнаго на скромныя хозяйственныя обязанности пола были возвышенныя поученія Сократа и Платона. Всѣ пути для развитія женщины были закрыты; она обрекалась, наравнѣ съ низшимъ классомъ, на суевѣріе и невѣжество и, по мѣрѣ того, какъ уровень цивилизаціи подымался, ея собственная отсталость становилась все замѣтнѣе.

Еще болѣе значительную преграду эманципація женщины встрѣчала въ матеріалистическихъ тенденціяхъ язычества. Во всѣхъ законодательствахъ античнаго міра, не исключая даже права евреевъ, единственною цѣлью брака, единственнымъ назначеніемъ женщины въ этомъ мірѣ,—признавалось рожденіе мужу потомства. Выйти замужъ, чтобы имѣть дѣтей, такова была формула, освященная религіей и закономъ, какъ у грековъ, такъ и у римлянъ, начиная съ героической эпохи и кончая послѣдними днями язычества. Гдѣ было взяться при такомъ принципѣ достоинству жен-

щины и священному характеру супружескаго союза? Разъ бракъ не имѣлъ другой цѣли, кромѣ рожденія дѣтей, законодатель долженъ былъ организовать его такъ, чтобы обезпечить по возможности достиженіе этой цѣли. Онъ долженъ былъ допускать, даже поощрять, въ извѣстныхъ случаяхъ разводъ и полигамію. И дѣйствительно, между всѣми народами древности нѣтъ ни одного, который бы не освящалъ своими законами полигаміи или въ собственномъ смыслѣ этого слова, или того вида послѣдовательной полигаміи, который является результатомъ свободы разводовъ. Безъ сомнѣнія, въ бѣдныхъ и воинственныхъ обществахъ, какими были греки первыхъ вѣковъ или римляне эпохи республики, строгость нравовъ могла противостоять нѣкоторое время вліянію развращающаго принципа. Но рано или поздно принципъ этотъ одерживалъ верхъ, зародышъ приносилъ свои плоды, и бракъ оказывался оскверненнымъ, семейныя узы—порванными, женщина—порабощенной и униженной. Таково именно зрѣлище, представляемое намъ римскими учрежденіями временъ Имперіи. Законы Папія суть вполнѣ логическое выраженіе и какъ бы послѣднее слово принципа, низведшаго бракъ до роли простого средства сохраненія семьи. Мы уже знаемъ, что̀ слѣдуетъ думать объ этихъ законахъ, названныхъ, какъ бы по ироніи, законами о чистотѣ нравовъ, и, въ сущности, лишь поощрявшихъ и узаконявшихъ развратъ, прелюбодѣяніе и проституцію. Тѣмъ изъ народовъ древности, который болѣе всего почиталъ женщину, она же была наиболѣе унижена!

Но въ то самое время, когда издавались законы Папія, и когда испорченность въ столицѣ античной цивилизаціи достигала своего высшаго предѣла, невѣжественные и грубые жители небольшихъ городковъ Галилеи воспринимали изъ устъ молодого Еврея, такого же скромнаго и бѣднаго, какъ они сами, ученіе, которое должно было обновить міръ. Это новое ученіе не предписывало, подобно еврейскому или языческому закону, разводиться съ безплодной женой, но говорило: „что Богъ сочеталъ, того человѣкъ да не разлучаетъ“ [1]). Оно не отдавало, какъ древніе законы, женщины, уличенной въ прелюбодѣяніи, во власть разъяренной толпы, всегда жадной къ скандалу и крови, но, заставляя однимъ словомъ молчать ея обвинителей, оно говорило ей: „Иди и впередъ

---

[1]) Св. Матѳей, XIX. 6.

не грѣши" [1]). Оно не дѣлало изъ авторитета мужа жестокой и гнетущей власти. Оно не объявляло, подобно античному законодателю, что бракъ долженъ отрывать женщину отъ ея родной семьи, а мужа оставлять въ его собственной, но, переворачивая до нѣкоторой степени отношенія супруговъ, чтобы тѣмъ лучше оттѣнить ихъ равенство, оно указывало: „Оставитъ человѣкъ отца и мать и прилѣпится къ женѣ своей" [2]). И ученики Христа говорили послѣ него: „Мужья, любите своихъ женъ, какъ Христосъ возлюбилъ Церковь и предалъ Себя за нее" [3]). — Подобно власти мужа, и власть отца преобразовалась въ законѣ Христа въ долгъ любви и самоотреченія. „Не дѣти, говоритъ св. Павелъ, должны собирать имѣніе для родителей, но родители для дѣтей" [4]). Это подрывало въ корнѣ систему римскаго права, кладя въ основу родительской власти интересы не отца, а дѣтей. Вотъ почему власть эта и предоставлена христіанскимъ закономъ матери такъ же, какъ и отцу, и оба родителя имѣютъ одинаковое право на уваженіе и повиновеніе со стороны дѣтей. А чтобы лучше выразить противоположность между древнимъ закономъ и закономъ новымъ, св. Павелъ, никогда не забывающій присоединять къ имени отца имя матери, пока рѣчь идетъ о правахъ родительской власти, обращается всегда къ отцу, и только къ нему, когда онъ осуждаетъ превышеніе этой власти [5]). Однимъ словомъ, евангельскій законъ произвелъ коренную ломку во всемъ строѣ семьи: онъ уничтожилъ домашній деспотизмъ и установилъ единство семьи на новой основѣ, связавъ всѣхъ членовъ ея взаимными обязанностями; онъ возвысилъ и облагородилъ бракъ, сообщивъ ему характеръ таинства и сдѣлалъ изъ него союзъ, столь тѣсный и святой, что расторгнуть его могъ одинъ Богъ; наконецъ, указавъ мужчинѣ и женщинѣ на ихъ особыя обязанности, онъ провозгласилъ принципъ равенства обоихъ половъ: „Нѣтъ уже ни іудея, ни язычника; нѣтъ раба, ни свободнаго; нѣтъ мужскаго пола, ни женскаго, — ибо всѣ вы одно во Христѣ Іисусѣ" [6]). Отнынѣ человѣчество

---

[1]) Св. Іоаннъ, VIII, 11.
[2]) Св. Матѳей, XIX, 5; Св. Маркъ, X, 7.
[3]) Св. Павелъ. Посл. къ Ефес., V, 25.
[4]) Посл. къ Ефес., VI, 1 и сл.; Посл. къ Колос., III, 20.
[5]) Посл. къ Галат., III, 28.
[6]) Посл. I къ Коринѳ., VI, 1—6.

знаетъ, гдѣ лежитъ цѣль, его стремленій и весь прогрессъ его учрежденій будетъ состоять въ безостановочномъ приближенія къ идеалу, указанному Христомъ.

Обратимся теперь къ постепенному осуществленію принциповъ христіанства въ законахъ и нравахъ—по крайней мѣрѣ, въ его первый періодъ. Истины Евангелія ни на одинъ мигъ не оставались мертвой буквой; не новую теорію, а новую жизнь пришелъ распространить въ мірѣ Іисусъ Христосъ, и подъ вліяніемъ Его животворящаго голоса изъ нѣдръ дряхлѣющаго и умирающаго общества возродилось новое, полное жизни и силы. Это новое общество сначала отбросило отъ себя съ ужасомъ все, исходившее изъ язычества. Оно выработало себѣ нравы, учрежденія, обычаи, можно даже сказать, — особое законодательство. Между самымъ развращеннымъ изъ языческихъ обществъ и христіанскимъ, — наиболѣе чистымъ изъ всѣхъ когда-либо существовавшихъ, — не могло быть ничего общаго. Когда возникали разногласія между неофитами, эти послѣдніе, слѣдуя повелительному указанію Апостола [1]), шли за разрѣшеніемъ споровъ не къ магистрату, а къ наиболѣе просвѣщеннымъ изъ своихъ братьевъ. Такимъ образомъ, тайно, подъ сѣнью римскаго законодательства, сложилось въ практикѣ первыхъ христіанскихъ общинъ особаго рода право, мало извѣстное и слишкомъ рѣдко обращавшее на себя вниманіе историковъ. Не въ канонахъ, конечно, побѣдоносной и всемогущей церкви можно найти памятники этого первоначальнаго христіанскаго права. Чтобы открыть ихъ, надо проникнуть въ мракъ катакомбъ и разобрать въ надписяхъ, покрывающихъ могилы мучениковъ, обряды и обычаи преслѣдуемой церкви [2]).

Какой контрастъ между официальнымъ законодательствомъ Имперіи и безвѣстнымъ уставомъ этой гонимой общины! Вспомните только законы Папія и сравните бракъ языческій въ томъ видѣ, какой онъ получилъ по этимъ законамъ, съ бракомъ христіанскимъ, какъ описываютъ его намъ первые отцы Церкви „Кто можетъ достойно прославить, — восклицаетъ одинъ изъ нихъ,—

---

[1]) Посланіе II къ Кориѳ. XV, 14.

[2]) Rossi, *Roma christiana*, Romae 1861; Hildebrand. *de nuptiis et natalitiis veter. christ.*. Helmst., 1650; Emmerich, *tract. de sponsalibus et matrim. sacr.*, Erfurt, 1747.

блаженство и счастье этого союза? Церковь завязываетъ его узы, благодать молитвъ освящаетъ его; благословеніе служитъ его печатью, ангелы—свидѣтелями: они несутъ небу вѣсть о немъ, и Отецъ Небесный утверждаетъ его" [1]). Съ перваго вѣка существованія Церкви каждый христіанскій бракъ освящается молитвами собирающихся вѣрующихъ и благословеніемъ епископа; союзъ, не получившій этой публичной санкціи, не признается общиной и разсматривается, какъ недозволенная связь. „Епископъ,—пишетъ св. Игнатій,—вступается въ браки для того, чтобы они совершались согласно волѣ Божьей, а не по прихоти плотскихъ страстей" [2]). Какое значеніе можетъ имѣть въ союзѣ, скрѣпленномъ самимъ Богомъ, гражданское положеніе того или другого супруга? Передъ Богомъ нѣтъ „ни варвара, ни грека, ни раба, ни свободнаго" [3]); слова „concubina, contubernalis" никогда не встрѣчаются на могилахъ женъ-христіанокъ, все равно, чужестранки онѣ или рабыни. Всякій бракъ, благословленный Церковью и заключенный по доброй волѣ супруговъ [4]), имѣлъ одинаковое значеніе и одинаковыя послѣдствія.

Первое изъ этихъ послѣдствій есть нерасторжимость брачнаго союза: ни что не можетъ разлучить тѣхъ, кого соединяетъ самъ Богъ. „Не ссылайтесь—говорили отцы Церкви [5])—на законы, которые предписываютъ давать разводъ; Богъ будетъ судить васъ не по людскимъ, а по своимъ законамъ". Лишь прелюбодѣяніе

---

[1]) Тертулліанъ, *ad uxsor.*; II, 9 (Paris, 1657, t. I, p. 592).

[2]) Ep. V *ad Polycarpum* (изд. Hefele, Tubing., 1855, стр. 240). „... *Πρέπει δὲ τοῖς γαμοῦσι καὶ ταῖς γαμουμέναις, μετὰ γνώμης τοῦ επισκόπου τὴν ἕνωσιν ποιεῖσθαι, ἵνα ὁ γάμος ᾖ κατὰ Θεὸν καὶ μὴ κατ ἐπιθυμίαν*". Мученичество св. Игнатія происходило при Траянѣ, что относитъ время настоящаго посланія къ концу I-го вѣка.—Tertull, *de pudic.*, 4 (t. I, p. 447): „Ideo penes nos occultae quoque conjunctiones, id est non prius apud Ecclesiam professae, juxta moechiam et fornicationem judicari periclitantur".—Амвросій, L. IX, epist. 70 (Bâle. 1538, t. III, p. 212).

[3]) Св. Павелъ. посл. къ Галат., III, 28. Cp. Decret. Grat., II, caus. XXIX, qu. 2.

[4]) Личное согласіе невѣсты требовалось всегда и дѣлало иногда ненужнымъ всякое постороннее разрѣшеніе..." Nisi puella in eadem aetate fuerit, ut jure licentiori sibi ipsa eligat quod velit". Св. Августинъ, ep. 233, *ad Benenal* (Paris, 1637, t. II, p. 355).

[5]) Св. Іоаннъ Златоустъ, *Homel 17 in Matth., hom. 19 in I Corinth*, c. 7 (Paris, 1718, t. VII, p. 227; t. X, p. 160).

считается нѣкоторыми учителями Церкви законнымъ поводомъ для развода и расторженія брака [1]).—Въ этомъ нерасторжимомъ союзѣ мущины и женщины всѣ радости и страданія—общи, всѣ обязанности — взаимны, всѣ права — равны. „То, что божескій законъ предписываетъ одному изъ супруговъ—пишетъ св. Іеронимъ—возлагается тѣмъ самымъ на обоихъ; одно—законы Кесаря, другое—законы Христа; одно—ученіе Папиніана, другое—Апостола Павла. Язычники давали просторъ разврату мущинъ; они довольствовались тѣмъ, что запрещали имъ прелюбодѣяніе съ замужними женщинами и насилованіе свободныхъ дѣвушекъ, предоставляя имъ въ то же время рабынь и открывая для нихъ непотребные дома. У насъ же, что запрещено женщинамъ, то равно запрещено и мужчинамъ, и оба супруга подчинены одному и тому же долгу" [2])... Возлагая на обоихъ супруговъ одинаковыя обязанности, христіанскій законъ предоставляетъ имъ и одинаковыя права, и самое драгоцѣнное право, вытекающее изъ брака—право на личность дѣтей принадлежитъ женѣ такъ же, какъ и мужу [3]).

Если теперь мы выйдемъ изъ тѣснаго круга семьи и послѣдуемъ за женщиной дальше, — въ общество, въ церковь, то мы увидимъ, что и здѣсь она выведена изъ прежняго приниженнаго положенія, поставлена рядомъ съ мужчиной, пріобщена къ его почестямъ, трудамъ и страданіямъ. Самъ Іисусъ освятилъ это равенство. Онъ не оттолкнулъ съ презрѣніемъ, подобно основателю античной философіи, невѣжественной женщины и не сдѣлалъ изъ своихъ проповѣдей и бесѣдъ привилегія однихъ избранныхъ умовъ; Онъ обращался къ сердцу, и женщины такъ же, если не лучше, чѣмъ мужчины, сумѣли понять поученія, которыхъ сущность за-

---

[1]) Ср. св. Матѳ., *V*, 31, 32; св. Епиф., Haeres., LIX, 4 (Colon., 1682, t. I, p. 497); св. Вас., *ep. ad Amphilochium*, 9, etc.

[2]) Св. Іеронимъ, *ep. ad Oceanum* (Paris, 1623, t. I, p. 198. „... Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit. Apud illos, viris impudicitiae frena laxantur, et, solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. Apud nos, quod non licet feminis, aeque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur".—Ср. св. Павла, послан. I къ Коринѳ., VI, 16.

[3]) Св. Августинъ, *ep. 233 ad. Benenatum* (t. II, p. 335): „Puellae, fortassis quae nunc non apparet, apparebit et mater, cujus voluntatem, in tradenda filia, *omnibus*, ut opinor, natura praeponit".

ключалась въ милосердіи. Поэтому, съ самаго начала христіанства, онѣ шли за апостолами, въ рядахъ той арміи миссіонеровъ, которая, выйдя изъ глубины Іудеи, распространилась вскорѣ по всему римскому міру, чтобы покорить его Евангелію. Акила и Прискилла, имена которыхъ священная литература никогда не раздѣляетъ [1]), представляютъ собою типъ такого христіанскаго союза, гдѣ сестра-жена, по выраженію св. Павла [2]), дѣлитъ труды апостола, его опасности и мученичество. „Христіанскіе супруги, говорятъ отцы Церкви [3]), это—два вѣрующихъ, впряженныхъ подъ одно ярмо; это—одно тѣло, одна душа; они молятся вмѣстѣ, постятся вмѣстѣ, всегда и во всемъ вмѣстѣ — въ собраніи братьевъ, за Божьимъ столомъ, въ страданіяхъ и въ мирѣ". Безъ сомнѣнія, въ Церкви были функціи и должности, остававшіяся закрытыми для женщины [4]), но были за то и другія, предназначенныя спеціально для нея. Если проповѣдь принадлежала только мужчинамъ, то акты милосердія возлагались преимущественно на женщинъ. Діакониссы занимали важное мѣсто въ администраціи древней Церкви: онѣ раздавали милостыню, посѣщали больныхъ, учили женщинъ и служили воспріемницами имъ во время крещенія [5]). Были между ними и такія, которыя устраивали больницы, открывали школы, руководили созданіемъ новыхъ церквей. Римъ увидѣлъ, какъ нисходящая отъ его консуловъ и диктаторовъ, благородная патриціанка Фабіола продала всѣ свои имѣнія для того, чтобы основать больницу, гдѣ она собственными руками перевязывала раны рабовъ и убогихъ. „При ея похоронахъ — разсказываетъ св. Іеронимъ—ни площади, ни портики, ни террассы домовъ не могли вмѣстить огромной толпы. Всѣ народы, населявшіе городъ, соединились воедино, чтобы сообща воспѣть славу спасенной" [6]). Если же языческій Римъ имѣлъ своихъ героинь, то въ христіанскомъ

---

[1]) Св. Пав., *посл. къ Римл.*, XVI, 3, 4; *посл. I къ Коринѳ.*, XVI, 19; *посл. II къ Тимоѳ.*, IV, 19.

[2]) Св. Павелъ, *посланіе I къ Коринѳ.*, IX, 5.

[3]) Тертулліанъ, *ad uxorem*, II, 9.

[4]) Святой Павелъ, *посл. I къ Тимоѳ., II, 12*: *„Διδάσκειν δὲ γυναικὶ οὐκ ἐπιτρέπω"*; *ep. I ad Corinth.*, XIV, 34, 35.

[5]) Святой Павелъ, *посл. I къ Тимоѳ.*, V, 9 и слѣд.; Constit. apostol., III, 16. Ср. I. Godefroid, *ad L.* 27, C. *Th.*, XVI, 2 (t. VI, p. 61).

[6]) Св. Іеронимъ, *ep. ad Oceanum* (т. I, стр. 201).

Римѣ ихъ было еще больше. Женщины древняго Рима не дѣлили опасностей и славы битвъ; въ не менѣе же кровавыхъ и болѣе славныхъ бояхъ, которые стали удѣловъ Церкви, женщины бились рядомъ съ мужчинами, погибали вмѣстѣ съ ними и являли себя равными имъ передъ преслѣдованіями и мученичествомъ [1]).

Но, наконецъ, Церковь взяла верхъ. Она вышла изъ катакомбъ, заняла мѣсто рядомъ съ престоломъ Цезарей, и съ этого момента для ея учрежденій настала новая пора. Ея священники, бывшіе прежде простыми посредниками, сдѣлались теперь магистратами; собранія ея епископовъ, раньше простыя совѣщанія, обратились теперь въ законодательныя палаты; ея обычаи, недавно еще лишенные публичной санкціи, получили значеніе законовъ. Эти законы образуютъ каноническое право, съ характеромъ и вліяніемъ котораго мы должны ознакомиться теперь ближе.

Я, надѣюсь, не удивлю и не разсержу никого, если скажу, что кононическое право замѣтно отличается отъ тѣхъ обычаевъ древней Церкви, которые были только что изложены. Я имѣю, конечно, въ виду лишь свѣтскую и гражданскую сторону церковныхъ законовъ и не подвергаю сомнѣнію, что учрежденія, разсчитанныя съ этой стороны на нѣсколько маленькихъ общинъ, состоявшихъ изъ святыхъ и мучениковъ, не годились для большаго населенія, исполненнаго еще множества языческихъ заблужденій. Принимая на себя заботу о гражданскихъ и свѣтскихъ интересахъ этого населенія и диктуя ему законы, Церковь считала своей обязанностью приноровить эти законы къ его нуждамъ и слабостямъ. Не все ли это, что можетъ сдѣлать лучшій законодатель: дать своему народу наименѣе худшіе законы, какіе онъ только въ состояніи вынести?

Изъ всѣхъ гражданскихъ учрежденій бракъ былъ особенно

---

[1]) Ничто не показываетъ лучше важной роли женщины въ первоначальной церкви, какъ большое число касающихся ея сочиненій отцевъ церкви. Изъ 100 теологическихъ писемъ св. Іеронима 50 обращены къ женщинамъ, изъ 20 его же трактатовъ 15 имѣютъ своимъ предметомъ воспитаніе женщины; Павлѣ и Евстохіи посвящены многочисленныя книги его Вулгаты; объясненія псалмовъ — Принципіи; его трактатъ противъ монтанистовъ — Марцеллѣ и т. д. У Тертулліана есть также трактаты *de cultu feminarum*, *de velandis virginibus*, *de monogamia*, *ad uxorem suam*. То же у св. Кипріана. св. Амвросія.

тщательно регламентированъ каноническимъ правомъ, и идея, изъ которой вытекли всѣ его постановленія, была такая: бракъ—необходимое зло, которое надо терпѣть, но распространеніе котораго слѣдуетъ по возможности ограничить. И если вспомнить, во чтὸ обратился въ римскомъ обществѣ супружескій союзъ, то легко понять, почему отцы Церкви, наблюдая этотъ узаконенный развратъ, носящій лишь имя брака, смѣшиваютъ часто въ своемъ осужденіи бракъ съ невоздержаніемъ. Эта реакція въ сторону аскетизма, зачатки которой можно видѣть уже въ твореніяхъ св. Апостоловъ [1]), все ростетъ и утрируется по мѣрѣ того, какъ соприкосновеніе Церкви съ порочнымъ міромъ дѣлается болѣе тѣснымъ и опасность зараженія—болѣе значительной. „Пресѣчемъ зло—восклицаетъ св. Іеронимъ—и подрубимъ корни безплодному древу брака! Богъ разрѣшилъ бракъ при началѣ міра, но Іисусъ Христосъ и Марія освятили дѣвственность"). Таково было съ IV вѣка ученіе вселенской Церкви, и святость супружескаго союза не находила себѣ другихъ защитниковъ, кромѣ нѣсколькихъ ересіарховъ, въ родѣ Іовиніана и Вигилантія [2]).—Изъ писаній отцовъ Церкви эта доктрина перешла вскорѣ и въ законодательство. Церковь запрещаетъ своему духовенству [3]) и, не будучи въ состояніи сдѣлать то же въ отношенію ко всѣмъ вѣрующимъ, она прилагаетъ всѣ усилія къ тому, чтобы ограничить его примѣненіе, предѣлами строгой необходимости. Принципъ, установленный отцами Церкви, заключался въ томъ, что вступленіе въ бракъ можетъ быть разрѣшено только одинъ разъ: „Всякій вторичный бракъ—говорили они—есть въ сущности прелюбодѣяніе" [4]). Церковные каноны смягчили эту

---

[1]) Св. Павелъ, совѣтуя безбрачіе, не упускаетъ предупредить, что эта доктрина не заимствована имъ у Іисуса Христа. *„Περὶ δὲ τῶν παρθένων, ἐπιταγὴν Κυρίου οὐκ ἔχω, γνώμην δὲ δίδωμι, ὡς ἠλεημένος ὑπὸ Κυρίου πιστὸς εἶναι". посл. I къ Коринѳ.*, VII, 25. Ср. Hermas, *Pastor*, II, ɪv, 4; Св. Иреней *adv. haer.*, 11.

[2]) Св. Іеронимъ *ep. 22 ad Eustochium* (t. I, p. 144); *c. Iovinian* I, 9 (t. II, p. 330). Общее ученіе Отцовъ таково, что бракъ есть послѣдствіе первороднаго грѣха и что, не будь послѣдняго, Богъ иначе озаботился бы о продолженіи человѣческаго рода. Св. Іоаннъ Златоустъ, *de virgin.* (t. I, p. 282).

[3]) Соборъ въ Эльвирѣ 305 г., кан. 33; соборъ въ Нео-Кесаріи, 314 г., кан. 1.

[4]) *„Ὁ γὰρ δεύτερος γάμος, εὐπρεπής ἐστι μοιχεία"*. Аѳенагоръ; *Apolog.*, 28; Constit. apostol., III, 2.

крайность; они допустили, хотя и съ явнымъ неодобренiемъ [1]), второй бракъ послѣ смерти перваго супруга, но безусловно запретили его въ случаѣ развода и расторженiя брака, или, говоря современнымъ языкомъ, они замѣнили разводъ разлученiемъ [2]). Позднѣе комментаторы каноническаго права пойдутъ дальше по этому опасному пути: если законъ ограничиваетъ вступленiе въ бракъ, то они внесутъ ограниченiя въ самый бракъ, въ отношенiя супруговъ другъ къ другу и, исходя изъ того же принципа, что бракъ есть только необходимое зло, они, съ утонченной логикой казуистовъ, придутъ къ выводу, что дозволены могутъ быть лишь тѣ супружескiя отношенiя, которыя имѣютъ цѣлью произведенiе потомства [3]).

Уронивъ такимъ образомъ достоинство брака, канонисты тѣмъ самымъ уронили и достоинство женщины. Уже въ глазахъ многихъ отцовъ Церкви, женщина, со времени прародительскаго грѣха, есть лишь орудiе соблазна и причина паденiя. „Женщина,—говоритъ Тертулiанъ,—ты должна была бы вѣчно носить трауръ и лохмотья, являясь на глаза людей въ покаянiи, обливаясь и слезами, чтобы искупить этимъ вину за гибель рода человѣческаго. Женщина—ты врата для дьявола! Ты соблазнила того, къ кому сатана не смѣлъ подойти прямо; изъ-за тебя умеръ Iисусъ Христосъ“ [4]). Эта вѣра въ нравственное превосходство мужчины надъ женщиной освящена очень рѣшительными текстами каноническаго права. „Одинъ лишь мущина былъ созданъ по образу и подобiю Божьему, но не женщина: поэтому женщина должна быть подчи-

---

[1]) За второй бракъ полагается покаянiе. Нео-Кесарiйскiй соборъ 314 г., кан. 3; Corrector Burchardi, can. 248 (Wasserschleben, *die Bussordnungen*, Halle, 1851, p. 673); Qui venerit in secundas nuptias, penitentiam unum annum agat eo quod bigamus est; trigamus vero, VII; si quartam, XIV. „Si autem quintam, difficile ut apta penitentia inveniatur“.

[2]) Соборъ въ Эльвирѣ 305 г., кан. 8—10; въ Арлѣ 314 г., кан. 10. Между тѣмъ разводъ на основанiи прелюбодѣянiя допущенъ еще во многихъ мѣстностяхъ до IX стол. Wasserschleben, *Bussordn.*, p. 168, 170, 213, 215, 582.

[3]) Декр. Гр., II, к. 7, § 2, caus. XXXIII, qu. 4; к. 10, caus. XXVII, qu. 2; к. 5, caus. XXXII, qu. 4; Sanchez, *de matrimonio*, Anvers, 1652; L. IX, *disput*. 8—11.

[4]) *De cultu feminarum*, I, I (t. I, p. 126).

ненной, почти слугой и рабой мужчины" [1]). Вѣрное этому принципу, котораго держались всѣ кодексы древности, каноническое право, поскольку оно касалось женщины, копировало римское право, и то, что было сказано о языческомъ законодательствѣ, можетъ-быть, всецѣло примѣнено и къ христіанскому: „In multis articulis, deterior est conditio feminarum quam masculorum" [2]).

Какъ римское право и даже еще въ бо́льшей степени, каноническое право не признаетъ другой системы имущественныхъ отношеній супруговъ, кромѣ системы приданаго [3]). Оно отрицаетъ одинаково какъ общность имуществъ, которая связываетъ и уравниваетъ интересы обоихъ супруговъ, такъ и полную раздѣльность, которая обособляетъ ихъ; оно требуетъ системы приданаго, дѣлающей женщину неправоспособной и безсильной [4]). Подобно римскому праву, каноническое устраняетъ женщину отъ всѣхъ функцій, называемыхъ древними „viriles" [5]) и выходящихъ изъ круга частныхъ отношеній. Оно воспрещаетъ ей обязываться за другихъ, защищать въ судѣ чужіе интересы, быть третейскимъ судьей, предъявлять обвиненіе; болѣе суровое, чѣмъ римское законодательство, оно запрещаетъ ей даже свидѣтельствовать на судѣ и считаетъ ея показанія незаслуживающими вѣры [6]).

---

[1]) Кан. 13—19, caus. XXXIII, qu. 5: „Mulier non est facta ad imaginem Dei... Hinc apparet quemadmodum subditas feminas viris et *pene famulas* lex esse voluerit uxores".

[2]) Fr. G. D. I, 5.

[3]) Противъ этого ссылаются на кан. 17, caus. XXVII, qu. 2: „*Cum Societas nuptiarum* ita a principio sit instituta"... Но я не могу, несмотря на авторитетъ глоссы и многихъ авторовъ, видѣть въ словѣ *Societas*, заимствованномъ изъ языка римскихъ юристовъ, указанія на общность имуществъ супруговъ.

[4]) „Nullum sine dote fiat conjugium". Кан. 6, caus. XXX, qu. 5.—О привилегіяхъ приданаго см. с. 5, X, *de pignor.*, III, 21; с. 28, X, *de jurejur.* II, 24. Каноны примѣняютъ къ *Morgengabe* правила о *donatio propter nuptias*. С. 6, X, *de donat. int. vir. et. ux.*, IV, 20.

[5]) Исключительно мужскія функціи.

[6]) С. 17, caus. XXXIII, qu. 5: „... Nec docere enim potest, nec testis esse, neque fidem dare". С. 1, X, *de frigid.*, IV, 15: „Tibi (marito) credendum est, quia caput es mulieris". С. 3, caus. XXXIII, qu. 1; с. 1—3, caus. XV, qu. 3; с. 4, X *de arbitr.*, I, 43. *Nec obst*, с. 3, X, *de test.*, II, 20; с. 4, X, *de confirm. ut.*, II, 30: если аббатесса Gandersheim выступаетъ въ этомъ законѣ въ качествѣ *procuratrix.*, то это объясняется только феодальными прерогативами, предоставленными женщинамъ-сюзеренамъ.

Такимъ образомъ, нельзя не признать, что и церковное законодательство, въ своихъ гражданскихъ опредѣленіяхъ, не могло освободиться вполнѣ отъ устойчиваго вліянія языческихъ преданій. Но каковы бы ни были недостатки этого законодательства, не будемъ забывать изъ-за нихъ его достоинствъ и заслугъ. Если, подобно языческимъ законодательствамъ, оно слишкомъ часто объявляло воспроизведеніе потомства единственной цѣлью супружескаго союза, то, съ другой стороны, оно же подняло достоинство брака, возведя его въ таинство и установивъ его нерасторжимость [1]). Если, далѣе, какъ и языческія законодательства, оно во многихъ случаяхъ ограничивало гражданскую правоспособность женщины, то оно, въ то же время, способствовало ея эманципаціи, борясь за нее противъ гнета феодализма, утверждавшаго всюду право сильнаго. Когда папскій престолъ, карая даже въ лицѣ монарховъ оскорбленіе святости брачнаго союза, расточалъ отлученія и подымалъ на монарховъ народы, онъ освящалъ принципъ, еще болѣе возвышенный, чѣмъ нерасторжимость брака; обществу, предоставленному на произволъ грубой силы, возвѣщалось равенство правъ наиболѣе сильнаго и наиболѣе слабаго, мужчины и женщины.

Но это еще не все. Чтобы понять, какую роль сыграла Церковь въ общемъ развитіи гражданскаго права, надо выйти за предѣлы каноническаго права. Церковь воздѣйствовала на право, не только издавая свои каноны и декреталіи, но и преобразуя своимъ вліяніемъ законы римскіе, съ одной стороны, и законы варварскіе и феодальные—съ другой. Это покажетъ намъ продолженіе нашихъ изысканій; изучая въ средніе вѣка институты римскаго и германскаго происхожденія, мы на каждомъ шагу будемъ встрѣчаться съ вліяніемъ христіанства.

---

[1]) Замѣтимъ во всякомъ случаѣ, что, если Церковь сдѣлала бракъ таинствомъ, то она сдѣлала это не потому, что считала бракъ самъ по себѣ *чистымъ и святымъ*, а *потому, напротивъ*, что хотѣла исправить то, что въ немъ *было нечистаго*. Таинство есть здѣсь, слѣдуя способу выраженія теологовъ, *ничто иное*, какъ *remedium:* "... *Sacramentorum... alia remedium contra peccatum praebent et gratiam adjutricem conferunt, ut baptismus..; alia in remedium tantum sunt, ut conjugium*". Петръ Ломбардскій, *Sent.*, lib. V, *dist.* 2 (Rothomag., 1651, t. II, p. 4).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Римъ при христіанскихъ императорахъ.

Обращаемся теперь въ послѣдній разъ къ римскому законодательству. Мы видѣли, какъ оно, будучи столь узко и сурово въ своей первоначальной формѣ, стало гораздо мягче и шире подъ вліяніемъ греческой философіи. Мы увидимъ сейчасъ, что оно станетъ еще болѣе широкимъ подъ вліяніемъ христіанства. Преобразованное греческимъ духомъ, право Рима сдѣлалось правомъ всѣхъ языческимъ народовъ; преобразованное же христіанскимъ духомъ, оно сдѣлается правомъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ.

Многіе авторы сливаютъ эти двѣ революціи въ области римскаго законодательства въ одну. Отрицая за христіанствомъ всякое вліяніе на судьбы римскаго права, они хотятъ видѣть въ реформахъ, произведенныхъ даже христіанскими императорами, развитіе зародышей, заложенныхъ языческой философіей [1]). Этотъ вопросъ, чрезвычайно важный для историка, не можетъ считаться празднымъ и для юриста: въ массѣ императорскихъ конституцій, такъ мало связанныхъ между собой и часто противорѣчивыхъ, нельзя разобрать смысла и духа отдѣльныхъ постановленій, не уяснивъ себѣ нравственныхъ мотивовъ, ихъ диктовавшихъ. А для этого нужно прежде всего различить два періода въ исторіи законодательства цезарей — періодъ языческій и періодъ христіанскій.

Та знаменитая школа юристовъ, дѣятельность которой — отъ Лабеона до Ульпіана — относится къ первымъ двумъ вѣкамъ Имперіи, можетъ быть связана только съ античной философіей, и поставленный ею себѣ памятникъ можно разсматривать, какъ высшій продуктъ умирающаго язычества. Слѣдуетъ отмѣтить вмѣстѣ тотъ фактъ, что никогда еще римская юриспруденція не блистала въ токой степени, какъ именно въ это время, когда все, казалось, должно было погибнуть съ разрушеніемъ старыхъ вѣрованій и античной свободы. Все, что у вырождавшихся римлянъ осталось

---

[1]) Этотъ взглядъ, поддержанный особенно школой Гегеля въ Германіи, оспаривался въ сочиненіи Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1855 (2-e édit).

еще сильнаго и живого, все это ушло, подъ дѣйствіемъ деспотизма, въ узкую область гражданскаго правовѣдѣнія. Когда комиціи и форумъ опустѣли, курія умолкла, римляне находили еще въ базиликахъ, мѣстѣ засѣданіи преторовъ, кое-какіе остатки утраченныхъ ими благъ, свободу публичныхъ преній, культъ античныхъ традицій, уваженіе къ праву. Тираннія цезарей, по политическимъ-ли соображеніямъ, или просто по индеффирентизму, медлила проникнуть въ это убѣжище. Послѣдніе друзья свободы пріютились здѣсь и нѣкоторымъ образомъ, укрѣпились: ихъ гражданское право отмежевало себѣ особую область, управляемую правосудіемъ и справедливостью и рѣзко отдѣленную отъ государственнаго и публичнаго права, оставшагося во власти произвола и насилія Это отдѣленіе права гражданскаго и публичнаго, которое до той поры проводилось римлянами лишь очень несовершенно, и о которомъ другіе народы не имѣли даже понятія, является главной заслугой юристовъ временъ имперіи. Этимъ они содѣйствовали упроченію гражданскихъ правъ, поставивъ ихъ внѣ той, полной бурь и грозъ области, которой принадлежали политическія права, и сумѣли такимъ образомъ, даже среди деспотизма, выполнить дѣло, благопріятное для свободы. Болѣе того, гражданское право освободившись разъ отъ узъ, приковывавшихъ его къ публичному праву, могло развиваться свободнѣе и стало доступно реформамъ, которыя были до того невозможны. Примѣромъ можетъ служить самая тема настоящаго труда. Пока гражданское право и право государственное оставались связанными, политическая неспособность женщинъ, существовавшая вообще у всѣхъ народовъ, должна была по необходимости вести за собою и извѣстную гражданскую неспособность [1]. Только возникшая въ теченіе первыхъ вѣковъ Имперіи научная юриспруденція, отдѣливъ право гражданское отъ публичнаго, сдѣлала возможной и полную гражданскую правоспособность женщины, подготовивъ для нея почву, по крайней мѣрѣ, въ будущемъ.

---

[1]) Именно потому, что женщины не имѣли никакого значенія въ политической общинѣ, имъ не давали и въ семьѣ ни *potestas* (родительской власти), ни права на опеку. Позднѣе, въ эпоху феодализма, мы увидимъ подобное же явленіе. Съ поземельной собственностью, при феодальной системѣ, связаны суверенныя права, и уже поэтому женщины не могли быть собственницами (См. ниже, кн. IV, гл. I, § 2).

Но всезахватывающій деспотизмъ цезарей настигъ, наконецъ, свободу и въ этомъ послѣднемъ ея убѣжищѣ. Гражданское право кончило тѣмъ, что раздѣлило участь публичнаго—оно тоже сдѣлалось волей одного человѣка. Мало-по-малу императоры отобрали у гражданъ ихъ право участія въ судѣ, у магистратовъ—право толкованія законовъ, у юристовъ—право авторитетной консультаціи; и къ концу третьяго столѣтія всѣ прерогативы законодателя, судьи, даже юрисконсульта сосредоточились въ рукахъ одного императора [1]). Съ этихъ поръ исчезла школа юристовъ-философовъ, прогрессъ въ юриспруденціи остановился и, казалось, римское право, какъ и сама имперія, пришло къ концу своего развитія.

Но едва завершается эпоха классической юриспруденціи, какъ наступаетъ новая эра, и римская юриспруденція оживаетъ для новой жизни. Все—какъ форма, такъ и содержаніе въ законодательствѣ цезарей Византіи—измѣняетъ свой характеръ. Древнее право побуждало къ браку, новое—къ безбрачію; древнее право провозглашало свободу развода, новое—объявляетъ бракъ нерасторжимымъ; древнее право ограничивало отпущеніе рабовъ на волю, новые законы умножаютъ число случаевъ этого отпущенія. И эти законы, отъ которыхъ отреклись бы Папиніанъ и Маркъ Аврелій, исполнены, между тѣмъ, такой справедливости и мудрости, что они дѣлаются, въ формѣ кодексовъ Ѳеодосія и Юстиніана, общимъ правомъ, всей христіанской Европы въ теченіе цѣлаго ряда вѣковъ. Какой же это духъ возродилъ изъ нѣдръ истощеннаго и умирающаго общества законодательство столь жизненное и обѣщавшее такую будущность? Это могъ быть только тотъ духъ, который возродилъ въ то же время искусство, литературу, цивилизацію,—духъ того, кто „умеръ, чтобы дать жизнь міру".

Съ тѣхъ поръ, какъ христіанство дѣлается религіей Имперіи, епископы замѣщаютъ въ совѣтахъ государя сторонниковъ древней философіи. Поэтому-то императорскія постановленія этого вре-

---

[1]) Изданіемъ „вѣчнаго эдикта" (edictum perpetuum) Адріанъ осуждаетъ юриспруденцію на неподвижность. Діоклетіанъ дѣлаетъ еще шагъ—онъ назначаетъ и отрѣшаетъ судей. Наконецъ, Константинъ идетъ дальше, удерживая за однимъ императоромъ право толкованія законовъ: „Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporte et licet inspicere" L., C. I, 14.

меня не имѣютъ лучшихъ комментаріевъ, чѣмъ писанія отцовъ Церкви. Нѣтъ почти ни одной законодательной реформы, произведенной Константиномъ или его преемниками, необходимость которой не указывались бы ранѣе отцами Церкви, и проектъ которой не былъ бы, такъ сказать, ими формулированъ. Лактанцій въ сочиненіи, обращенномъ къ самому Константину, вооружается противъ дѣтоубійства и подкидыванія дѣтей; Константинъ и Валентіанъ устанавливаютъ наказаніе за дѣтоубійство и приказываютъ вскармливать дѣтей, рожденныхъ въ нищетѣ, на счетъ государства [1]). Св. Василій осуждаетъ бракъ деверя со свояченицей; Констанцій и Өеодосій объявляютъ подобный бракъ кровосмѣсительнымъ [2]). Отцы Церкви жалуются на легкость развода, благодаря которой „мужья мѣняютъ себѣ женъ, какъ мѣняютъ платья"; императоры воспрещаютъ разводъ по взаимному соглашенію [3]). Законы Церкви требуютъ публичнаго совершенія браковъ; законы Имперіи предписываютъ ту же публичность [4]). Согласіе между церковными канонами и императорскими постановленіями нарушается лишь на одинъ мигъ: это—въ правленіе Юліана. Каждый эдиктъ этого императора является возвратомъ къ юриспруденціи, предшествовавшей побѣдѣ Церкви,—реакціей противъ реформъ Константина и Констанція, представлявшихся ему нечестивыми нарушителями святыхъ учрежденій прошлаго [5]). Не слѣдуетъ-ли отсюда, что христіанскіе императоры хотѣли порвать съ традиціями древняго права, чтобы на принципахъ христіанства построить новую систему законодательства?

---

[1]) Лактанцій, *div. Instit.*, VI, 20; L. 1 C. Th. V, 7; L. 1 C. Th., IX, 14; L. 1 и слѣд., C. Th., XI, 27.

[2]) Св. Василій, *epist. 197 ad Diod. Tars.*; L. 2 C. Th., III, 12.

[3]) Astérius, *Homil.* V (Paris, 1695, p. 151); L. 1 C. Th. III, 16 (Constant.); L. 8 C. I., V, 17 (Théod. II).

[4]) L. 1, 3 C. Th. III, 7. *Я бы могъ сдѣлать подобныя же сближенія и по отношенію ко вторымъ бракамъ, безбрачію, прелюбодѣянію, опекѣ и т. д.*

[5]) Amm. Marcellin, XVI, 21: „...Julianum, memoriam Constantini, ut novatoris turbatorisque priscarum legum et moris antiquitus recepti, vexasse". Реакція наблюдается во всемъ законодательствѣ Юліана: „Quae diu servata sunt permanebunt". L. 1 C. Th. V, 12:—„...instare veteribus institutis". Ibid;—„majorum instituta intemerata servari". L. 2 C. Th. III, 13; 4, C. Th. IV, 9; 5, C. Th., IX, 17. Такимъ образомъ возстановляется и древняя свобода разводовъ. Godefroid, *ad C. Th.*, t. I, p. 303.

Не будемъ преувеличивать значеніе этого законодательнаго обновленія. Ни Константинъ и ни одинъ изъ его преемниковъ не имѣлъ никогда мысли все разрушить, чтобы создать затѣмъ все сызнова. Римское общество было, въ сущности, еще слишкомъ языческимъ, для того, чтобы могла идти рѣчь о совершенномъ искорененіи изъ его гражданскихъ учрежденій языческаго элемента. Реформа христіанскихъ императоровъ носила частичный характеръ; давая въ своихъ законахъ мѣсто христіанскимъ нововведеніямъ, она оставляла рядомъ мѣсто и для традицій язычества. Римъ имѣлъ, нѣкоторымъ образомъ, два законодательства, одно около другого, и этимъ двумъ законодательствамъ соотвѣтствовало два источника права, которые всегда оставались разъединенными: съ одной стороны, сочиненія классическихъ юристовъ, представлявшія собой языческій античный міръ, съ другой—произведеніе христіанскихъ законодателей, кодексъ императорскихъ конституцій. И, скажу мимоходомъ, эти два столь несходныя между собой законодательства, несмотря на ихъ различіе, которое съ перваго же взгляда бросается въ глаза въ сборникѣ Юстиніана, восполняли, исправляли другъ друга и равно способствовали, каждое со своей стороны, обезпеченію верховенства римскаго права. Древнимъ юристамъ это послѣднее обязано той правильностью конструкціи, той классической чистотой формы, которыя сдѣлали изъ него вѣчный типъ научнаго законодательства; христіанскимъ императорамъ оно обязано своимъ справедливымъ, широкимъ и истинно-гуманнымъ духомъ, благодаря которому ему одинаково могли подчиняться въ различныя времена самые различные народы.

Прослѣдимъ теперь это смягчающее вліяніе христіанства на измѣненіяхъ, которымъ подверглись строй семьи и гражданское положеніе женщины. Древняя отеческая власть обезпечивала единство семьи поглощеніемъ всѣхъ ея элементовъ личностью главы семейства. Когда общественная власть лишила этого послѣдняго его верховенства, единство семьи было разбито, и для того, чтобы возстановить его, необходимо было найти новый принципъ. Этотъ принципъ законодательство и заимствовало у Евангелія: онъ заключался во взаимности любви и обязанностей.

Такова именно идея, внушившая знаменитый законъ о наслѣдованіи [1]), наиболѣе справедливый и мудрый изъ всѣхъ зако-

[1]) Новеллы 118 и 127 Юстиніанова кодекса 543 и 547 г.г.

новъ, существовавшихъ по этому предмету. Отбросивъ привиллегіи агнатства и пола, этотъ законъ опредѣлялъ права каждаго родственника на наслѣдство по степени той привязанности, на которую онъ могъ разсчитывать, и требовалъ, чтобы всѣ права были взаимны, какъ взаимны и всѣ обязанности родства. Ту же взаимность находимъ мы во всѣхъ семейныхъ отношеніяхъ: между мужемъ и женой, родителями и дѣтьми. Апостолъ говоритъ: „Не дѣти должны собирать имѣніе для родителей, но родители для дѣтей“[1]). И христіанскіе императоры не ограничиваются тѣмъ, что обезпечиваютъ сыновьямъ имущество, ими самими пріобрѣтенное[2]): они обезпечиваютъ за ними въ будущемъ и имущество ихъ родителей, охраняя права на наслѣдство многочисленными гарантіями. Они увеличиваютъ размѣръ принадлежащей имъ обязательной или законной доли въ наслѣдствѣ *(pars legitima)* и вооружаютъ ихъ болѣе сильными средствами для вытребованія этой доли[3]). Они доходятъ до того, что объявляютъ неотчуждаемой, въ интересахъ дѣтей, часть имущества отца и матери, а именно: имущество, достающееся пережившему супругу[4]), брачные дары *(propter nuptias donatio)* и приданое.

Приданое, правда, было неотчуждаемо уже во времена Августа, но неотчуждаемо лишь для мужа; при Юстиніанѣ запрещеніе становится абсолютнымъ, и даже согласіе жены не дѣлаетъ отчужденія дѣйствительнымъ. Дополняя такимъ образомъ запрещеніе, установленное Августомъ, Юстиніанъ вовсе не хочетъ, какъ это можно было бы подумать, продолжать дѣло этого государя, оставаясь на той же точкѣ зрѣнія. Совсѣмъ нѣтъ: если языческій императоръ обезпечивалъ сохранность приданаго, то онъ имѣлъ въ виду лишь облегчить женщинѣ рядъ послѣдовательныхъ браковъ вслѣдъ за рядомъ разводовъ; Юстиніанъ, напротивъ, далекъ отъ того, чтобы благопріятствовать вторичнымъ бракамъ: онъ

---

[1]) Св. Павелъ, посл. II къ Коринѳ., XII, 14.

[2]) Это—такъ назыв. *bona adventitia.* C. Iust. VI, 60, 61.

[3]) C. J. III, 28 (L. 30 и слѣд.), 29, 30; nov. 18 и 115, c. 3.

[4]) Nov. 22, c. 20; nov. 98; nov. 127, c. 3.—Это имущество разсматривается даже такъ, какъ бы оно принадлежало на голомъ правѣ собственности (nudum jus) дѣтямъ и при жизни ихъ родителей; полученіе его обезпечено за ними привиллегированной ипотекой. L. 8 §§ 4 и 5 C. J. V, 9.

осуждаетъ ихъ по примѣру Церкви и поощряетъ вдовство [1]). Неотчуждаемость приданаго при немъ имѣетъ совсѣмъ другое основаніе, чѣмъ при Августѣ. Она не составляетъ болѣе привиллегіи жены; связывая какъ ее, такъ и мужа, неотчуждаемость приданаго служитъ интересамъ дѣтей. Приданое при христіанскихъ императорахъ, это—не собственность однихъ супруговъ, а общее имущество всей семьи; это—родъ запаснаго капитала, который законъ обезпечиваетъ дѣтямъ, и который эти послѣднія найдутъ нетронутымъ, несмотря даже на расточительность и разореніе ихъ родителей.

Если изъ организаціи семьи выдѣлить въ частности учрежденіе, составляющее его основу—бракъ, то намъ представится еще съ большей наглядностью вліяніе на него новой религіи. Законъ не наказываетъ болѣе безбрачія, которое, по мнѣнію отцовъ Церкви, заслуживаетъ не наказанія, а награды [2]). Онъ не унижаетъ брака требованіемъ обязательности его въ смыслѣ гражданскаго долга. Стремясь, наоборотъ, поднять его достоинство, онъ старается сократить конкубинатъ [3]); и обставляетъ вступленіе въ супружество публичными формами, требуемыми Церковью. Онъ еще крѣпче связываетъ брачныя узы, возстановляя право супруговъ распоряжаться ихъ имуществомъ [4]) и предоставляя каждому изъ нихъ извѣстное имущество въ случаѣ смерти другого [5]). Онъ охраняетъ честь брака, отмѣняя осужденное Евангеліемъ публичное преслѣдованіе прелюбодѣянія и предоставляя мужу и семьѣ на выборъ—или скрыть семейный позоръ или отомстить за него [6]). Наконецъ,—и это самый важный пунктъ, — новое законодательство

---

[1]) См. напр., Nov. 22 c. 44.

[2]) „...*Ἄξιον ὑπερθαυμάζειν, ἀλλ' οὐ κολάζειν*". Sozomène, I, 9.

[3]) Константинъ пускаетъ въ ходъ самыя различныя средства, чтобы уничтожить конкубинатъ: онъ предлагаетъ обращать его посредствомъ узаконенія въ дѣйствительный бракъ, налагаетъ крайнія ограниченія на правоспособность неузаконенныхъ дѣтей, рожденныхъ въ конкубинатѣ и, наконецъ, объявляетъ конкубинатъ недѣйствительнымъ въ извѣстныхъ случаяхъ неравенства положеній состоящихъ въ немъ лицъ. Godefroid, *ad. L. 1 C. Th.*, IV, 6.

[4]) Θеодосій II отмѣняетъ „*leges decimariae*, ut matrimoniis auxilium impertiat". L. 9 C. Th., V, 1; 3, C. Th. VIII, 17.

[5]) *Lucra nuptialia*. L. 5, 6, 8 C. J., V, 9; 11 C. J. V, 17.

[6]) „...Ne volentibus temere liceat foedare connubia". L. 2 C. Th., IX, 7.

осуществляетъ въ извѣстной степени христіанскій принципъ нерасторжимости брака; не уничтожая прямо развода и расторженія брака, оно опредѣляетъ за нихъ, по крайней мѣрѣ, строгія наказанія и допускаетъ разводъ лишь въ рѣдкихъ, строго опредѣленныхъ случаяхъ. Отцы Церкви возложили на обоихъ супруговъ одинаковую обязанность супружеской вѣрности; слѣдуя этому взгляду, императорскія конституціи предоставляютъ въ равной степени право развода женѣ и право расторженія брака мужу [1]).

Тотъ же принципъ взаимности, который регулируетъ личныя отношенія супруговъ, господствуетъ и въ ихъ имущественныхъ отношеніяхъ: приданому, приносимому женой, соотвѣтствуетъ, при византійскихъ императорахъ, брачный даръ *(propter nuptias donatio)*, дѣлаемый мужемъ [2]); и, желая лучше охранить равенство, законъ хочетъ, чтобы оба супружескихъ вклада были равны, и чтобы обѣ стороны выговаривали одинаковый размѣръ имущества, идущаго пережившему супругу [3]). Въ то же время жена не считается уже, какъ прежде, въ отношеніи приданаго простымъ кредиторомъ мужа; законъ объявляетъ ее собственницей приданаго и при его обратномъ требованіи вооружаетъ ее за разъ ипотекой, привиллегіей и искомъ о собственности [4]). Мужъ, называвшійся недавно собственникомъ приданаго, *dominus dotis*, дѣлается теперь тѣмъ, чѣмъ онъ выступаетъ и въ современномъ намъ законодательствѣ, т.-е. отвѣтственнымъ управителемъ чужого имущества.

Не только въ супружескихъ отношеніяхъ римское законодательство уравниваетъ мало-по-малу оба пола, но и во всѣхъ вообще семейныхъ отношеніяхъ. По мѣрѣ того, какъ власть отца падаетъ, авторитетъ матери растетъ, и можно видѣть, какъ обѣ эти власти, двигаясь въ противоположномъ направленіи, приближаются къ одному и тому же уровню. Благодаря императорскимъ конституціямъ, мать постепенно пріобрѣтаетъ при наслѣдованіи послѣ дѣтей права, равныя отцовскимъ; она дѣлается законнымъ

---

[1]) L. 1, 2 C. Th., III, 16; 7—12 C. J., V, 17; nov. 22, 117, 134, c. 11.

[2]) L. 20 C. J., V, 3. Это дареніе называютъ *ἀντίφερνα*, противоприданое". * Ср. Esmein: *Le testament du mari et la donatio ante nuptias* (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1884).

[3]) L. 9, 10 C. J. V, 14; nov. 97.

[4]) L. 30 C. J. V, 12; Demangeat, *du fonds dotal*, стр. 96 и слѣд.

опекуномъ своихъ дѣтей; при вступленіи дочери въ бракъ она руководитъ выборомъ ей мужа [1]); наконецъ, отцовская власть переходитъ къ ней почти всецѣло въ случаяхъ, когда мужъ несправедливо расторгаетъ бракъ или разводъ постановляется противъ него [2]). Болѣе того, на всѣхъ ступеняхъ родства признаются за обоими полами равныя права, и Вокoніевы законы, отстраняющіе женщину въ большинствѣ случаевъ отъ наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ, отмѣняются законами Юстиніана [3]).

Наконецъ, если мы, выйдя изъ круга семьи, взглянемъ на отношенія женщины къ третьимъ лицамъ, то мы констатируемъ тѣ же тенденціи, тотъ же прогрессъ. Здѣсь мы снова встрѣчаемъ законъ Веллейана, но уже преобразованный,—можно сказать даже искаженный, тѣми измѣненіями, которымъ онъ подвергся, и въ этихъ измѣненіяхъ не трудно признать вліяніе того же духа, которымъ проникнуты всѣ законодательныя реформы Восточной Римской Имперіи. Сенатусъ-консультъ Веллейана, какъ мы уже знаемъ, былъ лишь обобщеніемъ эдикта Августа, распространившимъ на всякое принятіе женщиной чужого долга той недѣйствительности, которая при Августѣ поражала только вступленіе ея въ долги мужа. Такимъ образомъ, со времени этого сенатусъ-консульта безразлично, принимала ли женщина на себя чужой долгъ въ интересѣ своего мужа, или въ интересѣ какого-нибудь другого лица; въ обоихъ случаяхъ отношеніе къ ея интересамъ оставалось одинаковымъ. Вотъ здѣсь-то мы и нападаемъ на капитальное нововведеніе Юстиніана: новый законодатель различаетъ между интерцессіей въ пользу мужа и интерцессіей въ пользу третьяго лица; въ первомъ случаѣ онъ усиливаетъ запрещеніе, установленное сенатусъ-консультомъ, во второмъ—онъ его ослабляетъ.

Обязывается женщина за третье лицо,—т.-е. за кого бы то ни было, кромѣ мужа,—Юстиніанъ признаетъ это обязательство, если оно имѣетъ достаточное основаніе [4]), или обнаруживаетъ у жен-

---

[1]) L. 1, 7 C. Th., V, 1; 4, 5 Inst., III, 3, 4 C. Th. III, 17; nov. Théod. II, 11; L. 20 C. J., V, 4; ср. выше, стр. 170, пр. 3.

[2]) Nov. 117, c. 7. Эта реформа была подготовлена уже предшествующимъ правомъ. См. L. 1 § 3, l. 3 § 5 D. 43, 30; L. 1 C. J., V, 24.

[3]) L. 14 C. J. VI, 58; nov. 118, c. 4: „Nullam vero differentiam esse volumus, in quacumque successione aut hereditate, inter masculos et feminas".

[4]) *Pro libertate, pro dote*. L. 24—25 C. J., ht., IV, 29.

щины серьезное и твердое намѣреніе обязаться. Поэтому интерцессія будетъ дѣйствительна, если женщина повторитъ ее черезъ два года [1]). Она дѣйствительна, далѣе, и тогда, когда женщина заявитъ, что ею получено за интерцессію какое-либо вознагражденіе. Предписывая вѣрить такому заявленію, какъ бы неправдоподобно оно ни было [2]), новый законодатель, очевидно, хочетъ предоставить женщинѣ удобное средство обходить запрещеніе закона Веллейана. Наконецъ, интерцессія дѣйствительна, если она совершена путемъ публичнаго акта.

Это послѣднее нововведніе Юстиніана, возбудившее безконечные споры, является дальнѣйшимъ развитіемъ предыдущихъ распоряженій. Разъ для дѣйствительности интерцессіи женщины достаточно, чтобы эта послѣдняя выказала твердое намѣреніе обязаться,—все равно, подтверждая и повторяя свое обѣщаніе, или обнаруживая личный интересъ въ совершеніи интерцессіи,—то было бы непослѣдовательно не признавать дѣйствительной интерцессіи и въ тѣхъ случаяхъ, когда самый актъ интерцессіи даетъ наибольшія гарантіи свободной и обдуманной воли, т.-е. предохраняющую отъ всякой опрометчивости торжественность формы. Если такъ толковать послѣднее распоряженіе Юстиніана (что̀, я долженъ признать, не составляетъ господствующаго толкованія) [3]), то оно представляется вполнѣ логичнымъ, какъ логична вообще вся реформа въ настоящемъ вопросѣ. Ее можно разюмировать въ одномъ предложеніи: вмѣсто того, чтобы подвергать интерцессію женщинъ полному запрещенію, какъ это дѣлалъ сенатусъ-

---

[1]) L. 22 C. J., ht.

[2]) „Omnimodo esse credendum“. L. 23 C. J., ht.

[3]) Оно было развито въ первый разъ Валетомъ, *Lehrbuch*, Goetting., 1828, S. 584. Вотъ самая темная и наиболѣе спорная часть новаго закона (l. 23 § 2, C. J. ht.): „Tunc enim tantummodo (sc. instrumento publice confecto) eas obligari, et sic omnia tractari quae de intercessionibus feminarum, vel veteribus legibus cauta, vel ab Imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eamdem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta; ut nec scti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto“. Въ этомъ многословіи ясно только одно: если женщина, вступая въ запрещенную интерцессію, опускаетъ форму публичнаго акта, то интерцессія будетъ недѣйствительна не *ope exceptionis*, какъ это было при дѣйствіи сенатусъ-консульта, а *ipso jure*

консультъ Веллейана, Юстиніанъ ограничивается тѣмъ, что обставляетъ этотъ актъ извѣстными формами и гарантіями.

Но такъ стоитъ дѣло въ отношеніи лишь къ интерцессіи въ пользу третьихъ лицъ. Если женщина принимаетъ на себя обязательство въ пользу своего мужа, то какими бы подтвержденіями, отреченіями и торжественными формами она его ни подкрѣпляла, это обязательство будетъ ничтожно вполнѣ и окончательно. Юстиніанъ допускаетъ въ своей 134-ой новеллѣ лишь одно исключеніе изъ этого правила, а именно на тотъ случай, когда несомнѣнно доказано, что деньги израсходованы въ интересахъ жены [2]). Но это исключеніе не только не ограничиваетъ правила, но, кажется, даже расширяетъ область его примѣненія. Дѣйствительно, въ тѣхъ случаяхъ, когда деньги обращаются въ пользу жены, интерцессіи въ смыслѣ закона Веллейана вовсе нѣтъ, и правило, установленное этимъ закономъ, не распространяется на эти случаи. Напротивъ, они входятъ въ правило 134 новеллы, такъ какъ Юстиніанъ считаетъ нужнымъ исключить ихъ изъ того правила. Слѣдовательно, запрещеніе новеллы шире, нежели запрещеніе сенатусъ-консульта: оно касается случаевъ, которыхъ послѣдній совсѣмъ не затрогивалъ. Если женщина поручалась за мужа въ своемъ личномъ интересѣ, или имѣла въ виду одарить мужа, то тутъ не было интерцессіи въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Такого рода акты не были запрещены сенатомъ, но подпали подъ запрещеніе Юстиніана.

Теперь два слова о томъ, въ какомъ отношеніи другъ къ другу стоятъ эти разнообразныя постановленія великаго законодателя конца Имперіи, и какъ связываются они съ совокупностью его законодательной реформы.

Законъ Веллейана возникъ во времена Мессалинъ и Поппей, когда законодатель старался сдержать разнузданный развратъ

Но можно-ли еще выводить изъ этого закона, какъ то дѣлаетъ большинство комментаторовъ, что во 1) интерцессія въ формѣ публичнаго акта недѣйствительна exceptionis ope, и что во 2) безъ публичнаго акта она недѣйствительна даже въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда законы самого Юстиніана допускаютъ ее? Мнѣ кажется, что эти заключенія противорѣчили бы всѣмъ принципамъ, и ничто въ текстѣ не подтверждаетъ ихъ.

[2]) Nov. 134, c. 8.

тѣмъ, что стѣснялъ независимость женщинъ и ограничивалъ ихъ права. Но послѣ того, какъ христіанство подняло достоинство женщины и очистило нравы, всѣ подобные законы должны были исчезнуть или подчиниться новому духу. Поэтому-то Юстиніанъ и не ограничился однимъ видоизмѣненіемъ неспособности, установленной закономъ Веллейана, а замѣнилъ эту неспособность совершенно иною. Прежде женщина не могла принимать на себя ничьихъ долговъ; теперь она можетъ,—по крайней мѣрѣ, съ соблюденіемъ извѣстныхъ формъ, —вступать въ поручительство за всѣхъ, кромѣ своего мужа. Съ этихъ поръ ея неспособность зависитъ не отъ ея пола, а отъ ея положенія замужней женщины; она основана не на необходимости, вытекающей изъ общественнаго порядка, но на семейныхъ отношеніяхъ и интересахъ частнаго порядка.

Обезпечить сохраненіе приданаго въ общихъ интересахъ семьи—вотъ цѣль, которую преслѣдуетъ Юстиніанъ, вотъ постоянный предметъ его реформы. И онъ хочетъ обезпечить приданое не только противъ расточительности жены. У нея нѣтъ болѣе права давать согласіе на продажу приданаго. Но можетъ ли она, по крайней мѣрѣ, способствовать его отчужденію косвеннымъ путемъ и терять привилегіи приданаго принятіемъ на себя обязательствъ предъ кредиторами мужа, поручительствомъ за мужа? Также нѣтъ, и для того, чтобы воспрепятствовать подобному употребленію приданаго, Юстиніанъ и объявляетъ всякую интерцессію жены въ пользу ея мужа безусловно недѣйствительной.

Такова новая веллейановская неспособность, не имѣющая съ прежней, какъ мы это видимъ, ничего общаго, кромѣ, имени. Это даже не неспособность въ собственномъ смыслѣ слова, не юридическая приниженность женщины. Это только дополненіе къ цѣлому ряду законодательныхъ предосторожностей которыя—для того, чтобы гарантировать часть семейнаго имущества,—поражаютъ равной недѣйствительностью распоряженія обоихъ супруговъ въ этомъ имуществѣ. Старый законъ Веллейана, вызванный соціальной необходимостью, долженъ былъ исчезнуть вмѣстѣ съ обществомъ, потребностями котораго онъ былъ рожденъ. Напротивъ, новый законъ Веллейана, покровительствуя интересамъ семьи, перестроенной на основѣ христіанскаго принципа, долженъ былъ пройти во всѣ концы Европы и дожить до нашихъ дней.

ГЛАВА III.

Варвары.

Римлянамъ нужно противопоставить теперь германскихъ варваровъ. Никогда два одновременно жившихъ и сосѣднихъ другъ другу общества не представляли столь поразительнаго контраста. Ихъ отдѣляетъ все разстояніе, лежащее между дѣтствомъ народовъ и ихъ окончательной дряхлостью; они занимаютъ какъ будто два крайнихъ пункта въ длинномъ рядѣ вѣковъ, и между тѣмъ они соприкасаются и скоро сольются въ одинъ народъ.

Изученіе быта древнихъ германцевъ возвращаетъ насъ къ нашей точкѣ отправленія. Все, что мы говорили на первыхъ страницахъ настоящаго труда объ организаціи и правахъ патріархальныхъ племенъ, все это можно отнести и къ германскимъ народамъ. Какъ и всѣ первобытныя легенды, скандинавскія саги приписываютъ божественное происхожденіе семьѣ и собственности. Одинъ, это—первый изъ предковъ и въ то же время могущественнѣйшій изъ боговъ; онъ учитъ германцевъ обрабатывать землю и проводитъ границы между наслѣдственными участками [1]). Поэтому собственность — священна, собственникъ у себя — король, судья, первосвященникъ, представитель Божества [2]). Каждый домъ есть храмъ, каждая семья имѣетъ свой собственный культъ, своихъ домашнихъ боговъ, или, говоря словами Тацита, своихъ боговъ-пенатовъ [3]). Этотъ культъ очага такъ дорогъ германцамъ, что даже христіанская Церковь не можетъ искоренить его; онъ постоянно показывается то въ причудливыхъ, то въ трогательныхъ формахъ народнаго суевѣрія: средніе вѣка не знаютъ болѣе вѣры

---

[1]) Heimskringla, Jnglinga saga, 5 (пер. Вахтера, Лейпцигъ, 1835).

[2]) Германцы не знали вѣроятно, никогда жреской касты „Neque druides habent qui rebus divinis praesint“. Цезарь, *de bell. gall.*, VI, 21. У нихъ каждый отецъ семейства былъ жрецомъ. Тацитъ, *de mor. German.*, 10; J. Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*, Гетинг., 1854 (2-ое изд.), стр. 267, 268.—Скандинавскій *Godord* былъ одновременно храмомъ, судилищемъ и наслѣдственнымъ имѣніемъ. Grâgâs, *Thingskapa-thátr.*, 61 (изд. Шлегеля, 1829, т. I, стр. 166.

[3]) Тацитъ, *Анн.*, XI, 16: „Dii penates“; II, 10: Penetrales deos“.

ни въ бога О́дина, ни въ бога Тора, но они не перестаютъ вѣрить въ тѣхъ домашнихъ демоновъ, и въ тѣхъ семейныхъ духовъ, которые, летая надъ очагомъ, или скрываясь подъ нимъ, покровительствуютъ своимъ таинственнымъ вліяніемъ дому, бывшему когда-то ихъ жилищемъ [1]).

Припомнимъ, что съ тѣми же учрежденіями, съ тѣми же вѣрованіями мы встрѣчались уже и въ наиболѣе древнихъ преданіяхъ римлянъ, грековъ и индусовъ. Выйдя изъ одной колыбели, всѣ эти народы, по отдѣленіи другъ отъ друга, вынесли въ разныя части свѣта одни и тѣ же воспоминанія объ общей родинѣ. Но у грековъ, римлянъ и даже самихъ индусовъ эти воспоминанія вскорѣ стерлись и оставили лишь неясные слѣды въ ихъ исторіи и легендахъ. Германцы, наоборотъ, живя продолжительно въ такихъ суровыхъ условіяхъ, которыя не допускали и мысли объ античной цивилизаціи, крѣпко держались за свои первобытныя учрежденія и сохранили ихъ даже во времена Цезаря и Тацита. Германцевъ въ моментъ появленія на сценѣ исторіи характеризуетъ именно то, что составляетъ сущность патріархальнаго быта, т.-е. сосредоточеніе всѣхъ властей внутри семьи, надъ которой не стоитъ никакой публичной власти. „Во время войны, говоритъ одинъ изъ древнѣйшихъ историковъ, всѣ подчиняются одному военноначальнику [2]); но въ мирное время всѣ независимы и равны“.

Семья у германцевъ представляла собою самодовлѣющую единицу: настолько прочно организованная, чтобы подавить всякій безпорядокъ внутри себя и отразить всякое нападеніе извнѣ, она заключала въ себѣ и судъ, и администрацію, и военную силу. Германецъ, жизни и имуществу котораго грозила опасность, не зналъ публичной власти, достаточно вооруженной и способной защитить его подобно тому, какъ она защищаетъ людей современнаго общества; онъ могъ разсчитывать только на себя и своихъ

---

[1]) Обычай изображать этихъ духовъ въ видѣ маленькихъ деревянныхъ фигуръ, устанавливаемыхъ передъ очагомъ, какъ это дѣлалось въ античномъ язычествѣ, сохраняется въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ. Я. Гриммъ, *deutsche Mythologie*, Göttingen, 1854 (3 изд.), стр. 469 и слѣд., стр. 568.

[2]) Адамъ Бременскій, *Gesta eccl. Hammaburg.*, IV, 22, al. 231 (Pertz, т. IX стр. 377.,

близкихъ. Родственники брались за оружіе и преслѣдовали обидчика до тѣхъ поръ, пока не отомщали за обиду, или не получали удовлетворенія за нее. Судъ вмѣшивался рѣдко, и то лишь для управленія поединкомъ или посредническаго разбирательства, если сами стороны просили о немъ [1]). Къ тому же, какъ обидчикъ, такъ и обиженный могли отказаться отъ всякаго соглашенія и расправиться силой оружія,—такъ что право германцевъ было бы ничѣмъ инымъ, какъ правомъ наиболѣе сильнаго, если бы инстиктъ справедливости этихъ варваровъ не заставлялъ ихъ переходить отъ виноватаго на сторону невиннаго [2]). Можно себѣ представить, каково должно быть положеніе женщины среди народа, не знающаго другого суда, кромѣ поединка, и другихъ способовъ осуществленія права, кромѣ тѣхъ, которые представляются копьемъ и пикой. Безсильная защитить себя и лишенная всякаго покровительства, если отвлечься отъ семьи, женщина предоставлена безконтрольной власти своихъ родителей и мужа. Эта домашняя власть, носящая то же названіе, что и въ древнемъ римскомъ правѣ [3]), отличается тѣмъ же объемомъ—до права жизни и смерти включительно. Она даже сильнѣе римской власти, такъ какъ никогда не прекращается. Женщина въ древнемъ Римѣ могла надѣяться выйти когда-нибудь изъ-подъ отцовской или мужниной власти и стать подъ менѣе тяжелое иго опеки. У германцевъ, наоборотъ, юридическаа неспособность женщины была необходимымъ послѣдствіемъ ея неспособности носить оружіе, т.-е. имѣла корень въ ея полѣ и поэтому уже не могла никогда ни исчезнуть, ни ослабѣть.

Болѣе тяжелое для женщины въ этомъ отношеніи, чѣмъ иныя древнія законодательства, германское право въ другихъ отношеніяхъ несравненно мягче и великодушнѣе. Между учрежденіями гражданскаго права германцевъ и другихъ первобытныхъ народовъ, напр. древнихъ римлянъ, есть крупное различіе, часто оставляемое въ тѣни. У германцевъ, какъ и въ древнемъ Римѣ, учрежденіе семьи основано на патріархальномъ принципѣ; у обоихъ народовъ домашняя власть суверенна; но въ Римѣ эта власть на-

---

1) Тацитъ, 22: „De reconciliandis invicem inimicis... in conviviis consultant“.
2) Ср. Rogge, *über das Gerichtswesen der Germanen*, Halle, 1820.
3) *Manus*, *mund* (*hand*, рука).

ходится въ рукахъ одного, тогда какъ въ Германіи она распространяется и дѣлится между всѣми членами семьи, способными владѣть оружіемъ. У того и другого народа семья управляется сама собою и представляется какъ бы независимымъ государствомъ; но въ Римѣ, это—образъ монархіи, тогда какъ въ Германіи, это—скорѣе республика,—различіе, гармонирующее вполнѣ съ нравами и геніемъ этихъ народовъ. У римлянъ, строгихъ поборниковъ дисциплины и закона, власть отдается наиболѣе опытному и мудрому, т.-е. старѣйшему, отцу семейства. А у этихъ безпокойныхъ народностей, не выносящихъ никакой узды, ежегодно мѣняющихъ свои жилища и свое отечество [1]), не знающихъ другого правосудія, кромѣ того, которое представляется силой оружія, другого права, кромѣ права сильнѣйшаго, гдѣ слабой рукѣ старика охранить семью отъ насилія враговъ? Сила сопутствуетъ власти [2]), и кто носитъ оружіе и бьется за общее дѣло, тотъ только и занимаетъ мѣсто въ семейномъ совѣтѣ и участвуетъ въ домашней власти. У римлянъ, конечно, тоже были семейные совѣты, но эти послѣдніе занимали у нихъ подчиненное положеніе и лишь помогали отцовской власти; у германцевъ, напротивъ, совѣтъ господствуетъ, или, лучше сказать, поглощаетъ отцовскую власть. Остановимся нѣсколько минутъ на этомъ различіи, такъ какъ оно чревато послѣдствіями.

Въ Римѣ всѣ семейныя связи находятся въ рукахъ отца семейства; онъ одинъ можетъ ослабить или разорвать ихъ; онъ по своему усмотрѣнію вправѣ изгнать дитя изъ родительскаго дома, или прикрѣпить его къ нему навсегда. У германцевъ семья представляетъ собою только добровольный союзъ воиновъ, равныхъ между собой; всякій самъ себѣ господинъ: и отецъ, и сынъ, и старикъ, и юноша. Каждый можетъ отдѣлаться отъ своихъ обязанностей, отрекшись въ то же время отъ правъ; для этого сыну стóитъ разорвать обѣими руками символическую связку или однимъ прыжкомъ перескочить черезъ ограду отцовскаго поля: съ этой минуты онъ независимъ, можетъ свободно покинуть родъ своихъ

---

[1]) Тацитъ, 26; Цезарь, *de bell. gall.*, VI. 22.

[2]) Сынъ дѣлался независимымъ съ достиженіемъ возраста, когда могъ носить оружіе; отецъ, ослабленный старостью, терялъ правоспособность. Grâgâs, *Arfathattr* 4, 11; *Vigslodi*, 15, 35 (т. I, стр. 178, 201; т. II, стр. 20—66.

отцовъ и искать или приключеній въ сообществѣ бродячихъ ордъ, или уединенія лѣсовъ [1]).

У римлянъ семейное имущество имѣло одного хозяина — главу семейства, единоличнаго и единственнаго собственника всего домашняго достоянія. У германцевъ это имущество—общая собственность всей семьи; пріобрѣтаемое бо́льшею частью силою оружія, оно принадлежитъ равно всѣмъ, кто участвуетъ въ его завоеваніи, и никто не можетъ считаться его хозяиномъ, такъ какъ у всѣхъ были на него равныя права [2]).

Домашняя власть надъ лицами такова же, какъ и надъ имуществомъ; распространяясь и раздробляясь, она теряетъ въ своей силѣ и энергіи. Угнетенныя супруга и дитя всегда находятъ въ совѣтѣ близкихъ голосъ въ свою защиту, такъ какъ сыновья [3]) засѣдаютъ здѣсь рядомъ съ отцами, материнскіе родственники [4]) рядомъ съ отцовскими, родственники жены рядомъ съ родственниками мужа. Тацитъ сообщаетъ намъ, что братъ матери въ германской семьѣ имѣетъ такое же право на почетъ и уваженіе, какъ и отецъ; этотъ братъ матери представляетъ въ семьѣ материнскую власть, которую сама мать, вслѣдствіе связанной съ ея поломъ неспособности, не можетъ упражнять иначе, какъ черезъ другое лицо [5]). Все это дробитъ отцовскую власть и этимъ же ее уравновѣшиваетъ. Нужно сказать еще болѣе: если родственники жены могутъ указаннымъ способомъ контролировать отцовскую власть, то тѣмъ болѣе они имѣютъ возможность сдерживать и власть мужа. Передавая дѣвушку изъ своего дома въ руки иноплеменнаго мужа, они не лишаютъ еще себя права покровительствовать ей и защищать ее, хотя бы и противъ ея мужа. Въ случаяхъ неспра-

---

[1]) Lex Salica, tit. 63.

[2]) Это относится не только къ военной добычѣ, но и композиціямъ: „Recipit satisfactionem *universa domus*". Тацитъ, 21; L. Salic., 65; L. Fris., I, 1; II, 2.—Отсюда—невозможность у древнихъ германцевъ завѣщанія.

[3]) Конечно, совершеннолѣтніе, т.-е. способные носить оружіе. Гриммъ, *Rechtsalter.*, стр. 462.

[4]) На нихъ также лежала обязанность мести и участія въ платежѣ виры (*whergeld*). Aelfredes domas, 27 (Шмитъ, Лейпцигъ, 1858, стр. 87). Nial saga, Havniae, 1809, стр. 124, 146.

[5]) Тацитъ, 20.—Тотъ же обычай держится и по нынѣшнее время среди патріархальныхъ племенъ южной Африки. Casalis, *Les Bassoutos*, с. 190.

ведливаго съ его стороны расторженія брака, нанесенія женѣ оскорбленія, или лишенія ея имущества, родные тотчасъ же вступаются въ дѣло, добиваются возстановленія ихъ родственницы въ ея правахъ и, въ случаѣ необходимости, вызываютъ мужа даже на поединокъ [1]). Однимъ словомъ, женщина—все равно дочь, супруга или вдова—не остается никогда беззащитной, и, въ разнообразіи домашнихъ властей, взаимно сдерживающихъ одна другую, находитъ себѣ извѣстную независимость.

Вотъ почему тѣ же памятники, которые рисуютъ намъ германскую женщину порабощенной и безсильной, представляютъ ее въ то же время окруженной почетомъ и уваженіемъ, какъ въ семьѣ, такъ и въ племени. Я уже указывалъ на этотъ контрастъ, какъ на отличительную черту всѣхъ патріархальныхъ обществъ; онъ выступалъ передъ нами и въ Индіи, и въ Палестинѣ, и въ героической Греціи, и въ древнемъ Римѣ. Можно ли удивляться послѣ этого, что мы находимъ его еще сильнѣе выраженнымъ у народа, который остался вѣрнѣе другихъ своимъ древнѣйшимъ традиціямъ? Разверните наудачу какой-угодно изъ разнообразныхъ законодательныхъ или литературныхъ памятниковъ древней Германіи, и вы съ перваго раза не встрѣтите ничего, кромѣ противорѣчій и безсвязности въ свидѣтельствахъ о положеніи женщины. То вы видите, что съ нею обращаются, какъ съ животнымъ или рабой: ее продаютъ и покупаютъ за деньги, ея отецъ, мужъ, родственники имѣютъ право бить ее, продавать, убивать и, послѣ смерти мужа, сжигать на кострѣ, вмѣстѣ съ рабами и конями покойнаго [2]). То вы видите, что суровый германецъ преклоняется съ почтеніемъ предъ той, кого онъ поработилъ и ограбилъ; слушаясь ея совѣтовъ болѣе, чѣмъ приказаній, онъ по ея первому слову берется за оружіе или складываетъ его: и это потому, что она представляется ему одаренной высшей мудростью, чѣмъ человѣческая, и къ ея совѣтамъ онъ относится, какъ къ внушеніямъ

---

[1]) Тацитъ, 19: „*Coram propinquis* expellit domo maritus (adulteram)".— L. Angl. et Wer., 14: „Si mulier maritum veneficio dicatur occidisse... *proximus mulieris* campo innocentem faciat".—L. Baiuvar., VII, xiv, 1; L. Liutpr., 22 (IV. 4) L. Grimoald., 7.

[2]) Прокопъ, *de bell. goth.*, II, 14. Гриммъ, *Rechtsalt.*, стр. 450, 455, 461.

свыше [2]). Чѣмъ безсильнѣе она, тѣмъ болѣе оказывается ей попеченій, и самыя древнія германскія законодательства караютъ строже убійство простой женщины, чѣмъ убійство благороднаго или начальника племени [3]).

Противорѣчія и трудности увеличиваются, если отъ спеціальнаго изученія отдѣльныхъ германскихъ законодательствъ перейти къ ихъ сопоставленію и совокупному разсмотрѣнію. Тутъ мы видимъ не только борьбу общихъ принциповъ, но и непримиримыя антиноміи въ деталяхъ. Одинъ законъ признаетъ за женщиной право наслѣдованія, другой отказываетъ ей въ этомъ правѣ; здѣсь жена продается мужу, тамъ она надѣляется приданымъ; тутъ ее держатъ подъ вѣчной опекой, тамъ она сама можетъ быть опекуномъ. Словомъ, нѣтъ такой системы, или такого предположительнаго состоянія женщины, которыя не находили бы одновременно своего подтвержденія въ однихъ варварскихъ законодательствахъ и опроверженія—въ другихъ.

Къ счастью, мы можемъ, по крайней мѣрѣ въ настоящую минуту, не сообразоваться со всѣми этими различіями. Они не имѣютъ корней въ древнихъ германскихъ учрежденіяхъ и являются въ большинствѣ случаевъ результатомъ разнообразныхъ условій эпохи переселенія народовъ. Все заставляетъ думать, что до этой эпохи различныя германскія племена въ общемъ признавали одни и тѣ же основныя учрежденія и составляли какъ бы одинъ народъ. Но когда переселенія и завоеванія разсѣяли ихъ по всѣмъ концамъ Имперіи, они создали себѣ, подъ вліяніемъ различной обстановки, и особыя законодательства. Спеціальное изложеніе этихъ особыхъ законодательствъ найдетъ себѣ мѣсто при отдѣльномъ изученіи нами права каждаго изъ новыхъ государствъ. Теперь же намъ важно узнать только то, что представляли собою

---

[1]) Тацитъ, 8.—Перемиріе женщинъ (*quenagridh*) прерывало у Скандинавовъ всякую войну. Норны и Валькиріи отправляли правосудіе. Edda Saemundar, Лейпцигъ, 1860 ст. 127.

[2]) Гриммъ, *Rechtsalter.*, стр. 404. Ср. *„Объ уваженіи германцевъ къ женщинамъ своей націи“* (Mem. de l'Academ. des inscr. et belles-lettres. t. V., hist., стр. 330): Engelstoft, *Skildring af Quindekjoennets huuslige og borgerliche Kaar* и т. д. (Очеркъ о положеніи женщинъ у Скандинавовъ до христіанст.), Копенг., 1799. Weinhold, *die deutschen Frauen in dem Mittelalter*, Вѣна, 1851.

германцы до переселенія, и по этому вопросу мы имѣемъ лишь три надежныхъ источника; это—законодательства нѣсколькихъ племенъ, оставшихся въ сторонѣ отъ переселенія и не затронутыхъ вовсе римской цивилизаціей—я имѣю въ виду древне-скандинавскія законодательства; затѣмъ, народныя пѣсни и національныя поэмы этихъ же народовъ—Эдда и саги; и наконецъ—*Германія* Тацита. Эти три класса источниковъ, столь различныхъ по формѣ и происхожденію, представляютъ удивительное согласіе въ существенныхъ пунктахъ, и я буду коротко резюмировать то, что они сообщаютъ намъ о созданномъ законами и нравами положеніи женщины [1]).

Германская женщина, какъ мы это уже видѣли, неспособна къ юридической дѣятельности потому, что она не можетъ носить оружіе [2]). Но эта неспособность, примѣняясь къ языку современныхъ юристовъ, относится не къ праву, а къ его осуществленію; это только такъ называемая, „недѣеспособность“, такъ какъ то, чего женщина не можетъ сдѣлать сама, она дѣлаетъ черезъ другое лицо, представляющее ее и дѣйствующее лишь отъ ея имени. Наносится ли женщинѣ какой-нибудь ущербъ, или какая-либо обида, ей одной принадлежитъ право преслѣдованія и мести: за нее выходятъ на поединокъ и отдаютъ ей, не удерживая часто ничего, все вознагражденіе или композицію, платимую обидчикомъ. Она можетъ чрезъ представителя не только вести тяжбы, но и быть сама судьей: вотчинная судебная власть, пріуроченная, по древнимъ скандинавскимъ законамъ, къ наслѣдственному имуществу, переходитъ къ наслѣдникамъ обоего пола, при чемъ женщина отправляетъ эту власть чрезъ своего повѣреннаго [3]).

Но германская женщина способна не только къ обладанію правами, но въ извѣстной степени и къ ихъ осуществленію; другими словами, она по существу дѣла не только правоспособна, но въ извѣстныхъ границахъ и дѣеспособна. Не будемъ приравниват

---

[1]) Ср. слѣдующую главу о скандинавскомъ правѣ.

[2]) Тацитъ, 13: Nihil autem, neque publicae, neque privatae rei, nisi armati agunt“.

[3]) Gràgàs, „*Thingskapa-tháttr*“, 61 (т. I, стр. 166). „Nu tecr cona thar arf. oc sca hon selia thar *godord* nokorom theim manni, er i theim thridiungi er“ (если наслѣдуетъ женщина, она должна отправлять свою юрисдикцію чрезъ одного изъ жителей мѣстечка).

ее, какъ то не разъ дѣлалось, къ малолѣтнему, который, не можетъ совершить ни одного юридическаго дѣйствія иначе, какъ черезъ опекуна. Напротивъ, женщина, не допускаемая лишь къ судебному состязанію, всюду выступаетъ самолично и либо съ помощью родственниковъ и мужа, либо одна, безъ всякой помощи — при сдѣлкахъ меньшей важности, или имѣющихъ отношеніе къ простому управленію имуществомъ [1]).

Болѣе того, женщина можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ сама избирать этого необходимаго для себя представителя и такъ какъ она можетъ его избирать, то ей предоставлено также смѣщать и замѣщать его по усмотрѣнію [2]). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда этотъ представитель, или опекунъ, опредѣляется къ женщинѣ самимъ закономъ, онъ дѣлается отвѣтственнымъ передъ нею; надъ опекой учреждается бдительный контроль, и если опекунъ злоупотребляетъ своими правами, то искъ противъ него предоставляется всѣмъ родственникамъ состоящей подъ опекой женщины [3]).

Такимъ образомъ германская женщина обладаетъ, несомнѣнно, юридической личностью и, сверхъ того, имуществомъ: въ случаѣ убійства близкихъ, она получаетъ свою долю, какъ съ наслѣдства ими оставляемаго, такъ и съ композиціи [4]), уплачиваемой убійцей. Если послѣдняя обыкновенно меньше той, какую получаютъ родственники мужского пола [5]), то можно сомнѣваться, чтобы такое неравенство представляло съ самаго начала общее явленіе. Тацитъ, по крайней мѣрѣ, отмѣчающій съ такимъ вниманіемъ всѣ особенности германскаго права, не указываетъ на различія въ наслѣдованіи по-

---

[1]) Grâgâs, *Festa-thâttr*, 21 (т. I, стр. 333). Andr. Sunonis lex Scaniae (Торсенъ, Копенгагенъ, 1853), стр. 168.

[2]) Biarkeyar-rett., 99 (Keyser, Христіанія, 1846, т. I, стр. 322); „если дѣвушка имѣетъ надобность въ осуществленіи права или въ предъявленіи иска, то пусть она поручитъ это дѣло тому человѣку, которому ей вздумается поручить его „(hon hverium manni er hon vill). Grâgâs, *Vigslodi*, 66 (т. II, стр. 108).

[3]) Oestgoetalagen, *Vada-mal*, 10 (Schlyter, Стокгольмъ, 1827, т. II. стр, 73): „Если мужъ поранитъ жену свою, то опекунъ послѣдней выступитъ обвинителемъ мужа, взыщетъ съ него композицію и внесетъ ее въ отдѣльное имущество жены“.

[4]) Uplandslagen, Aerfdae-balk., 11 (Schlyter, т. III). Skanske lov, II, 6; (Thorsen. Копенг., 1853); см. ниже стр. 248.

[5]) Это вообще половинная доля. Гриммъ, *Rechtsalt.*, стр. 407.

ловъ [1]). Женщина можетъ еще принимать даренія. Наконецъ, ей должно выдаваться и приданое, по поводу котораго необходимо сдѣлать нѣсколько поясненій.

Если брать древнѣйшіе тексты варварскаго права въ буквальномъ смыслѣ, то можно было бы думать, что германская женщина не только не обезпечивалась приданымъ, но и продавалась мужу какъ на древнемъ Востокѣ. Слова—*купить*, *жениться*, *законная жена*, *купленная жена* употребляются въ этихъ текстахъ постоянно, какъ синонимы [2]). Но это не что иное, какъ подобіе римской *coemptio*, т.-е. простой символъ, не стоящій болѣе въ соотвѣтствіи съ дѣйствительностью [3]). Удостовѣриться въ этомъ не трудно, если вспомнить, что цѣна мнимой покупки уплачивается будущимъ супругомъ не семьѣ невѣсты, а самой невѣстѣ, и обращается въ ея особое имущество. Свидѣтельствуетъ это Тацитъ [4]), и его показаніе находитъ блестящее подтвержденіе въ первобытной поэзіи и въ самыхъ древнихъ кодексахъ народовъ Сѣвера Европы [5]). Болѣе того: сверхъ дара, получаемаго женой отъ мужа, ея

---

[1]) Тацитъ, 20: „Heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum". Ср. Kolderup-Rosenvinge и Homeyer, *daenische Rechtsgeschichte*, Берлинъ, 1825, стр. 14, пр. с.

[2]) „Kona mundi keipt", супруга, купленная жена; „Kaupmâli, brûdkaup"—купля жены, помолвка. Nial saga, c. 9, 10. 13. Edda Saemündar v. 65, 176, 191. Ср. Humbert, *du règime nuptial des Germains*, Метцъ 1860.

[3]) См. однако Saxo-Grammaticus, *Historia danica* (Копенг., 1839—58, т. I стр. 235): „Praecepit *ne quis uxorem nisi emptitiam duceret*. Venalia si quidem connubia plus stabilitatis habitura censebat". Дѣло идетъ здѣсь, говоритъ Velschow (*Notae in Saxon. Gram.*, стр. 156), о послѣднихъ остаткахъ исчезнувшаго обычая.

[4]) Тацитъ, 18: „Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui et munera probant". Точность свидѣтельства Тацита подвергалась сомнѣнію на томъ основаніи, что дары, имъ упоминаемые (быки, лошадь и оружіе), могли служить лишь родственникамъ жены, а не самой женѣ. Но его свидѣтельство подтверждается, съ одной стороны, многочисленными формулами, которыя говорятъ о приданомъ, состоящемъ изъ быковъ, лошадей и т. д. (Маркульфъ, II, 15 и т. д.), и съ другой—Эддою, упоминающей о мечѣ, какъ о составной части *mundr* (Edda Saemundar, v. 65). Если такіе предметы составляли предбрачный даръ, то это указываетъ лишь на то, что германцы, незнакомые съ употребленіемъ денегъ, не знали ничего болѣе цѣннаго. Тацитъ, 5.

[5]) Grâgâs, *Festa thâttr*, 59; *Kaupa-balkr*, 9 (т. I, стр. 370, 411).

родственники выдають ей еще приданое въ собственномъ смыслѣ этого слова. Какъ даръ мужа, такъ и приданое требуется самимъ закономъ: на отцѣ, матери, братьяхъ [1]) лежитъ обязанность выдать его, и оно можетъ заключаться не только въ оружіи и лошадяхъ, но и въ недвижимомъ имуществѣ [2]).

Скандинавскіе кодексы не знаютъ такъ называемаго салическаго закона: женщина можетъ какъ наслѣдовать отцовскому землевладѣнію, такъ и получить его въ приданое [3]). Это двойное приданое, обезпечиваемое древне-германскимъ правомъ за женщиной, служитъ залогомъ и гарантіей ея независимости. Если же мы видимъ иногда въ сагахъ, что мужья распоряжаются своими женами по усмотрѣнію — продаютъ ихъ, дарятъ, или убиваютъ,—то эти дѣйствія слѣдуетъ разсматривать не какъ осуществленіе законнаго права, а какъ злоупотребленіе силой, — злоупотребленіе, безъ сомнѣнія, нерѣдкое и легко осуществимое въ тѣ вѣка, когда общественная власть не успѣла еще подчинить себѣ и ограничить власти, господствовавшія внутри семьи. Но хотя и безнаказанно нарушаемый сильнымъ, законъ все-таки живетъ въ сознаніи и нравахъ германскихъ варваровъ, и онъ то и поддерживаетъ необходимое равновѣсіе между правами и обязанностями обоихъ супруговъ.

Первою изъ этихъ обязанностей была взаимная вѣрность. Если въ древнѣйшихъ памятникахъ встрѣчаются еще слѣды первобытной полигаміи [4]), то моногамія все-таки можетъ считаться уже общимъ правиломъ. „У германской женщины только одинъ мужъ,— говоритъ Тацитъ, — какъ у нея только одно тѣло и только одна жизнь". Обязанность взаимной вѣрности имѣла даже уголовную санкцію: если прелюбодѣяніе жены влекло за собой самое постыд-

---

[1]) Gragas, *Arfa-thättr*, 2; Oestgoethalagen, *Gipta-balk.*, 12, 16, 28.

[2]) Edda Snorra, I, 27 (Копенгагенъ, 1848).

[3]) Grâgâs, *Thingskapa-thättr.*, 71.

[4]) По Тациту и Цезарю (18) (I, 53) полигамія была въ обычаѣ лишь у знати. На нее же, безъ сомнѣнія, намекаетъ и Адамъ Бременскій, когда онъ говоритъ, что скандинавы были умѣренны во всемъ, кромѣ числа своихъ женъ. *Gesta Hammab. eccl.*, IV, 21 (Pertz, т. IX, стр. 377). Ср. Fornmanna soegur, Kaupmannhoefn, 1825—37, т. X, стр. 194.—Обычай полигаміи среди королей сохраняется даже послѣ принятія христіанства (Хариберъ, Дагоберъ. Пипинъ имѣли по нѣскольку женъ), и въ XVI ст. ландграфъ Филиппъ Гессенскій служитъ тому послѣднимъ примѣромъ.

ное наказаніе [1]), то и прелюбодѣяніе мужа не оставалось безъ возмездія. Заброшенная, или подвергавшаяся дурному обращенію, жена находила въ своихъ родственникахъ защитниковъ, а въ случаѣ нужды и мстителей; они могли требовать развода, преслѣдовать мужа съ оружіемъ въ рукахъ и искать съ него композицію, которая присчитывалась къ приданому и увеличивала его размѣръ [2]). Имущество жены охранялось такъ же заботливо, какъ и ея личность, и тѣ же начала справедливости и взаимности, которыми управлялись личныя отношенія супруговъ, лежали въ основаніи и ихъ имущественныхъ отношеній. Какъ ни обширны были права мужа надъ приданымъ жены, они достаточно уравновѣшивались предоставленнымъ женѣ правомъ требовать, въ случаѣ расточительнести мужа, выдѣла своего имущества; это — родъ „разлученія отъ стола и ложа“ [3]). Въ этомъ случаѣ, какъ и при разводѣ, за нее дѣйствовали родственники и охраняли какъ ея имущество, такъ и личность отъ злоупотребленій властью мужа.

Таковы были права жены. Скажемъ еще нѣсколько словъ о правахъ матери. До тѣхъ поръ, пока отецъ оставался во главѣ семьи, мать была въ тѣни; власть ея замирала передъ властью отца. Но по смерти отца вдова наслѣдовала и части его власти: если не было совершеннолѣтняго сына, она располагала рукой своей дочери [4]); ей, а не исключаемымъ ею въ этомъ отношеніи боковымъ родственникамъ, принадлежали надзоръ за малолѣтними дѣтьми и ихъ воспитаніе; и ея права ничѣмъ не отличались бы отъ правъ законнаго опекуна, если бы она не была обязана при всѣхъ юридическихъ актахъ обращаться къ содѣйствію ближайшаго родственника [5]).

---

[1]) Тацитъ, 19; Westgoethal., II, *Giptae-balk.*, 5, 6 (Schlyter, т. I, стр. 145).

[2]) Grâgâs, *Festa-thâttr*, 14—16, 19 (т. I, стр. 325 и слѣд.); Frostathingl., XIII, 13 (Paus, *Saml. af norske love*, Копенгагенъ, 1751, т. II, стр. 173).

[3]) Gragas, Festa-thâttr, 51 (т. I, стр, 371): „Если брачная жизнь слагается плохо и является опасеніе за то, получитъ ли жена легко свое приданое обратно... она должна обратиться къ епископу. Епископъ, если онъ найдетъ это нужнымъ, дастъ ей разрѣшеніе на обратное полученіе всего или части ея приданаго“ (ef samfarar hiona versna sva mioc, at kono thickir ser ohaegindi verda a thvi oello,... oc a hon at segia til byscopi...).

[4]) „Въ одномъ лишь этомъ случаѣ, говоритъ исландскій законъ (Grâgâs, Festa-thâttr., 1, т. 1, стр. 305—306), женщина отдаетъ женщину замужъ“.

[5]) Andr. Sunonis lex Scaniae, стр. 108 (изд. Торсена).

Въ результатѣ, законная неспособность женщины у древнихъ германцевъ, несмотря на свой общій и постоянный характеръ, далеко не можетъ считаться абсолютной. Во многихъ отношеніяхъ германское право относится къ женщинѣ даже благосклоннѣе, чѣмъ законодательства Индіи или Греціи; и тайна этого различія заключается не въ чемъ иномъ, какъ въ различіи взглядовъ на основаніе женской неспособности.

Въ Греціи, какъ и на всемъ Востокѣ, женщина неспособна потому, что она предполагается нравственно слабой; у германцевъ она неспособна на основаніи только своей физической слабости. Отъ этихъ варваровъ не ускользаетъ истинный характеръ природы женщины; они чувствуютъ, что, если она ниже мужчины въ физическомъ отношеніи, то въ нравственномъ она равна ему и ничѣмъ не уступитъ ни въ знаніяхъ, ни въ осторожности, ни даже въ храбрости. Вотъ почему они и не замыкаютъ ее въ матеріальныя заботы объ одномъ хозяйствѣ; закрывая передъ нею міръ дѣйствій, они широко раскрываютъ передъ нею всю область совѣта. Германская женщина не вправѣ, конечно, совершать сама юридическія сдѣлки, такъ какъ эти сдѣлки совершаются съ оружіемъ въ рукахъ; но она руководитъ часто дѣйствіями того агента, котораго выбираетъ и смѣщаетъ по своему усмотрѣнію. Она не можетъ быть сама опекуномъ своихъ дѣтей, но совѣта ея спрашиваютъ во всѣхъ актахъ опеки. На полѣ битвы она не сражается въ рядахъ воиновъ, но она всегда за ними и около нихъ, готовая вдохнуть храбрость своими криками и остановить бѣгство своими упреками. Въ храмахъ и передъ алтарями не она закалываетъ жертвы и приноситъ ихъ божеству, но она стоитъ около жреца, допрашиваетъ судьбу, разъясняетъ предзнаменованія и открываетъ людямъ тайны боговъ [1]).

Германцы, какъ мы видимъ, не изгоняютъ женщины, какъ греки въ глубь гинекея и не лишаютъ ея всякаго общенія съ людьми. Они пріобщаютъ ее, напротивъ, ко всѣмъ своимъ опасностямъ, дѣлаютъ ее участницей во всѣхъ своихъ торжествахъ. На пирахъ, описываемыхъ въ сагахъ, гдѣ кубокъ и рогъ, наполненные пивомъ, обходятъ поочередно ряды пирующихъ, и возліянія, сопровождаемыя пѣніемъ воиновъ, продолжаются часто до

---

[1]) Тацитъ, 8,

утра, женщина сидитъ рядомъ съ воиномъ; она наполняетъ ему кубокъ и нерѣдко предсѣдательствуетъ на этихъ пирахъ. Она же принимаетъ чужестранца и приглашаетъ его къ гостепріимному столу. Она слѣдуетъ за своимъ мужемъ или братомъ въ опасные походы и раздѣляетъ съ ними какъ удовольствія охоты, такъ и трудности походной жизни[1]). Германецъ шелъ съ большимъ довѣріемъ навстрѣчу опасности, если зналъ, что за нимъ слѣдовала его сестра или жена; онъ считалъ себя лучше защищеннымъ ея таинственнымъ вліяніемъ, чѣмъ своей каской или щитомъ, и, стоя на краю гибели, онъ воображалъ, что достаточно прошептать совершенно тихо ея имя, чтобы этимъ уже привлечь къ себѣ благоволеніе боговъ и избѣжать опасности[2]). Слѣды этого наивнаго вѣрованія можно встрѣтить даже послѣ переселенія народовъ, и уже въ VI вѣкѣ Гелимеръ призываетъ женщинъ въ свой лагерь, чтобы возбудить храбрость въ упавшихъ духомъ воинахъ[3]).

Можетъ быть, покажется страннымъ, что женщину окружали большимъ почетомъ и уваженіемъ въ дикихъ лѣсахъ и среди грубыхъ племенъ древней Германіи, чѣмъ въ мягкомъ и утонченномъ обществѣ блестящихъ Аѳинъ. Но у варваровъ было нѣчто, чему могла бы позавидовать и цивилизованная Греція. Это—строгость нравовъ. „У германцевъ нѣтъ ничего прекраснѣе—говоритъ Тацитъ—святости ихъ брака. Они не смѣются надъ супружеской невѣрностью, а приходятъ отъ нея въ ужасъ. Прелюбодѣянія у нихъ крайне рѣдки. Женщина выходитъ замужъ дѣвственницей: она отдается одинъ разъ навсегда; у нея одинъ супругъ, какъ одно тѣло и одна душа“[4]). Трудно было бы даже повѣрить въ

---

[1]) Тацитъ, *Germ.*, 7, 8; *Histor.*, IV, 18; Egil saga, Havniae, 1809, c. 7; Laxdaela Saga, Havniae, 1826, стр. 202; Fornmanna soegur, т. III, стр, 153; т. IV, стр. 78; Weinhold, *die deutschen Frauen*, стр. 345.

[2]) См. у Saxo Grammaticus (стр. 72, изд. Stephanius, Sorae, 1644) наставленія пророчицы Краки воину Эриху: „Si suprema necessitatis violentia postularet, nominis sui nuncupatione remedium celerius esse quaerendum, affirmans se divina partim virtute esse subnixam et quasi consortem coelitum insitam numinis gestare potentiam“.

[3]) Прокопъ, *de bell. vandal.*, II, 2.

[4]) Я резюмирую здѣсь двѣ главы, 18 и 19, Тацита, которыя можно перечитывать, не переставая наслаждаться.

такія добродѣтели у народа, котораго нравы были еще такъ далеки отъ мягкости, а страсти отъ сдержанности, если бы многочисленныя свидѣтельства не подтверждали словъ Тацита. Въ старой поэзіи Сѣвера, среди ея причудливыхъ легендъ, можно уловить вѣрные отголоски народнаго чувства, заставляющаго германцевъ съ тѣмъ же энтузіазмомъ воспѣвать добродѣтели своихъ женъ, какъ и подвиги своихъ героевъ. Ихъ древнія хроники часто изображаютъ намъ женщину, одиноко отправляющуюся въ далекій путь, чтобы присоединиться къ своей семьѣ или мужу, смѣло проходящую между чуждыхъ и враждебныхъ ей племенъ безъ всякой защиты, кромѣ своей добродѣтели и слабости; ее всюду встрѣчаетъ уваженіе, оказываемое ея полу, и гостепріимство, обычное для странниковъ[1]). Въ началѣ переселенія, когда германцы впервые вторглись въ римскіе города, они пришли въ ужасъ отъ разврата, который нашли въ нихъ: они закрывали дома терпимости, наказывали и изгоняли проститутокъ, разрѣшали своимъ солдатамъ убійство и грабежъ, но не насилованіе. Римляне, пораженные этой добродѣтелью, столь новою для нихъ, не могли не отдать въ томъ дани признанія своимъ побѣдителямъ: латинскіе писатели восхваляютъ Готовъ за то, что они остаются чистыми среди грязи и сохраняютъ, несмотря на римскую испорченность, цѣломудріе патріархальныхъ нравовъ[2]). Вскорѣ, правда, германцы перестали заслуживать эту похвалу; зараза порока охватила также ихъ, и если они сохранили еще надолго жестокость своихъ предковъ, то быстро утратили ихъ добродѣтели. Однако, у народовъ Сѣвера, не соприкасавшихся съ римской цивилизаціей и не подвергшихся ея вліянію, мы находимъ еще до середины среднихъ вѣковъ строгіе нравы первобытной Германіи. Въ XII вѣкѣ исландскій законъ наказываетъ еще штрафомъ или изгнаніемъ простой поцѣлуй, данный женщинѣ, а въ

---

[1]) Edda Saemundar, стр. 128—145 (пер. Зимрока, Штутгартъ, 1851 г.); Weinhold, *die deutschen Frauen*, стр. 393.

[2]) Салвіанъ, *de gubernatione Dei*, Парижъ 1580, кн. VII, стр. 230—265: „Terras... quas Romani polluerant fornicatione, nunc mundant Barbari castitate... Jn tanta affluentia rerum ac luxuria, nullus mollis effectus est... Horruerunt concubitus contactusque meretricum... nec horruerunt tantum, sed penitus jam non esse fecerunt .. gladio impudicitiam coercentes.“ L. Wisig., III, iv, 17.

XV столѣтіи копенгагенскій законъ предписываетъ погребеніе заживо провинившейся женщины и обезглавленіе мужчины [1]). Если это не тѣ же законы, что законы германцевъ времени Тацита, то развѣ это не тотъ же духъ и не тѣ же нравы?

Въ этихъ простыхъ и строгихъ нравахъ лежитъ тайна того мистическаго обаянія, которое производила германская женщина, заставляя людей, не терпящихъ надъ собой никакой узды, склоняться передъ собою. Благодаря суевѣрію, уваженіе германцевъ къ женщинѣ переходило легко почти въ обоготвореніе: ихъ мечтательное воображеніе видѣло что-то божественное въ существѣ, которое въ ихъ глазахъ было такъ же чисто, неприкосновенно и священно, какъ самое божество. Всѣмъ извѣстно, какую религіозную роль играла женщина въ древней Германіи [2]). Но нужно особенно отмѣтить то, что германскія жрицы никогда не отдѣлялись отъ общества и семьи, какъ римскія весталки, и не составляли ничего подобнаго кастѣ или отдѣльной коллегіи. Онѣ не отличались ничѣмъ отъ другихъ женщинъ, кромѣ своего благочестія, своей чистоты и мудрости; каждая дѣвушка, каждая добродѣтельная мать семейства могла посвятить себя изученію и усердной практикѣ религіознаго культа, возвыситься до званія и власти жрицы. Эта власть была значительна. Она не ограничивалась предѣлами храмовъ и священныхъ лѣсовъ. Какъ въ семьѣ, такъ и въ племени, какъ въ народномъ собраніи, такъ и на полѣ битвы, ни одно важное рѣшеніе не принималось безъ участія религіи, а слѣдовательно—и жрицы. Она дѣлала предсказанія и, по очертаніямъ руническихъ буквъ, брошенныхъ наудачу на чистый саванъ, читала волю боговъ [3]). Отсюда одинъ остроумный писатель вывелъ не лишенное вѣроятности заключеніе, что германская

---

[1]) Grâgâs, *Festa-thâttr*, 24 (т. I, стр. 337); Городское право Копенгагена, 1443 г., цитируемое Вейнгольдомъ, стр. 294. См. также законы Гамбурга, 1270 г. и Дитмарша, 1447 г., цитир. Ривомъ, *deutsche Vormundschaft*, т. II, стр. 95.

[2]) Тацитъ, *Hist.*, IV, 61. 65; Germ., 8: „Jnesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant; ... complures venerati sunt, non adulatione nec tanquam facerent, deas". Цезарь, *de bell. gall.*, I, 50. Страбонъ, VII, 2, Плутархъ, Cesar, 19.

[3]) Гриммъ, *Deutsche Mythologie*, гл. V, стр. 84; гл. XVI; Weinhold, *die deutschen Frauen*, гл. III.

женщина была посвящена въ тайны руническаго письма и владѣла самымъ высшимъ образованіемъ, какое можно было только получить въ тѣ времена варварства [1]). Можно даже думать, что и позже, вступивъ въ христіанскую церковь, она стремилась сохранить за собою традицію этой тайной науки, какъ свою славную и почетную привиллегію. Иначе нельзя было бы объяснить изданія вплоть до XIII столѣтія канонов запрещавшихъ изученіе и чтеніе руническаго письма въ женскихъ монастыряхъ [2]). Но если христіанство отняло у женщины престижъ религіи, то оно не могло отнять у нея въ глазахъ варваровъ того престижа, который связывается съ превосходствомъ образованія и знаній. Она не смѣла, правда, проникать далѣе въ священныя таинства рунъ; но ей открылось теперь не менѣе таинственное въ ту варварскую эпоху знаніе греческаго и латинскаго языковъ. Я говорю здѣсь, конечно, только о женщинахъ правящихъ домовъ и знатнаго происхожденія: о нихъ однѣхъ свидѣтельствуютъ современники и хвалятъ въ нихъ особенно и чаще всего развитой умъ и образованіе [3]). Такая похвала не могла быть, очевидно обращена къ государямъ и воинамъ того времени: они сочли бы ее за оскорбленіе, такъ какъ всякая наука вмѣстѣ съ сопутствующими ей смягченіемъ нравовъ и привычками усидчивой жизни казались этимъ варварамъ унизительными. Когда королева Амалазунта захотѣла приставить къ своему сыну ученыхъ грамматиковъ и знатоковъ античной литературы, то всѣ Готы возстали противъ этого и держали такую рѣчь: „Не перомъ, а мечомъ долженъ учиться молодой принцъ; привычки усидчивой работы притупятъ храбрость и сдѣлаютъ принца

---

1) Weinhold въ цит. мѣстѣ. То, что Тацитъ (19) говоритъ о незнакомствѣ германцевъ какъ мужчинъ, такъ и женщинъ—съ письменностью, можетъ относиться къ латинскому, а не къ руническому письму.

2) „Winileod scribere vel mittere“. Capit. Car. M. ann. 789 (Pertz, т. III, стр. 68).

3) Вотъ въ какихъ словахъ Кассіодоръ въ письмѣ къ тюрингенскому Германфриду (*Var.*, IV, 1; ср. X, 4; XI, 1) восхваляетъ невѣсту этого принца, племянницу императора Теодориха: „Habebit felix Thoringia quod nutrivit Italia, literis doctam moribus eruditam, decoram non solum genere quantum et feminea dignitate, ut non minus patria vestra istius splendeat moribus quam suis triumphis“.

слабымъ и робкимъ, какъ женщина". Королева была принуждена удалить римскихъ учителей и замѣнить ихъ молодыми готскими юношами [1]). Въ это время мрака и насилія искусство и литература находили себѣ пріютъ только около женщинъ: мы видимъ, напримѣръ, какъ принцесса Радегунда открываетъ для науки и литературы, состоящихъ въ опалѣ, родъ убѣжищъ и основываетъ женскіе монастыри, въ которыхъ изученіе свѣтской литературы, какъ и священныхъ книгъ, ставится въ первую обязанность монастырской общины [2]). Но у насъ есть еще болѣе неопровержимое доказательство неравенства образованія, получаемаго въ это время обоими полами, и это доказательство мы имѣемъ въ юридическихъ памятникахъ: при раздѣлѣ движимаго имущества, входящаго въ составъ наслѣдства, лошади и оружіе переходятъ только къ наслѣдникамъ мужского пола, тогда какъ другіе предметы считаются способными служить однѣмъ женщинамъ и потому достаются исключительно имъ; этими предметами являются: платья, драгоцѣнные камни, украшенія и, наконецъ, книги [3]).

Все это, вмѣстѣ взятое, объясняетъ и оправдываетъ то высокое вліяніе, которое принадлежитъ женщинѣ въ этомъ неразвитомъ и грубомъ обществѣ, и то чувство уваженія и преклоненія, которое она внушаетъ къ себѣ. Въ античныхъ обществахъ нельзя встрѣтить ничего аналогичнаго этому чувству. Безъ сомнѣнія, древніе, особенно римляне, почитали такъ же своихъ женъ и матерей; въ религіи очага, этомъ высшемъ выраженіи культа семьи, столь дорогого античному міру, мать семейства, конечно, не забывалась. Но она обязана была оказываемымъ ей почетомъ своему положенію супруги и матери, а не своему полу. Совсѣмъ не

---

[1]) Прокопъ, *de bell. gall.*, I, 2.

[2]) См. напр., „*Правило* св. Цезарія Арльскаго (Annal. Franc. eccl., т. I, стр. 477), Пр. 17": Omnes (sorores) litteras discant. Omni tempore, duabus horis, hoc est a mane usque ad horam secundam, lectioni vacent... „Пр. 18: Reliquis vero in unum operantibus, una de sororibus usque ad tertiam legat". Въ монастырѣ Радегунды Фортунатъ написалъ большую часть своихъ стихотвореній.

[3]) Саксонское Зерцало, I, 24 § 3: „So nimt se allet dat to der rade hort, dat sin alle scap unde gense unde kasten... unde alle büke die to godes deneste horet, die vrowen pleget to lesene".

то у германцевъ. Ихъ уваженіе и почетъ относятся не только къ соучастницѣ очага, не только къ матери дѣтей, но и къ самой женщинѣ. Слава Богу и женщинѣ! [1])—вотъ традиціонный крикъ, раздающійся въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ какъ въ сраженіяхъ, такъ и на празднествахъ народовъ германской расы. Этотъ энтузіазмъ, этотъ родъ культа женщины, отмѣченный Тацитомъ, въ качествѣ характерной черты первобытной Германіи, дѣлается характерной чертой и новыхъ обществъ: онъ создаетъ литературу, нравы, соціальныя привычки, совсѣмъ незнакомые античному міру, и, вліяя на нравы, вліяетъ также на законодательство. Мнѣ не разъ придется отмѣчать это вліяніе, указывая и на тѣ многообразныя измѣненія, которыя поочередно вносили въ него христіанство, римская цивилизація, феодальное рыцарство. Здѣсь я хотѣлъ прослѣдить лишь за его происхожденіемъ, которое лежитъ въ германскихъ нравахъ, и болѣе нигдѣ.

Монтескьё, описывая сложный и мудрый механизмъ представительнаго правленія въ Англіи, заканчиваетъ свое описаніе такими словами: „Идея этого правительства взята изъ германскихъ учрежденій; эта прекрасная система найдена въ германскихъ лѣсахъ“ [2]).

И то, что Монтескье говорилъ объ индивидуальной свободѣ, можетъ быть сказано и о томъ тонкомъ и благородномъ чувствѣ, которое, возвеличивая женщину, облагораживаетъ самого мужчину, вдохновляетъ рыцарскій героизмъ среднихъ вѣковъ и составляетъ украшеніе и прелесть современнаго общества: это чувство родилось въ лѣсахъ Германіи.

Такимъ образомъ, древняя Германія исчезла не вся. Нѣкоторыя изъ ея учрежденій и законовъ еще живы въ учрежденіяхъ и законодательствахъ новыхъ народовъ. И нигдѣ, ни въ одномъ государствѣ Европы, германскія преданія не исчезли окончательно; но съ бóльшей вѣрностью и устойчивостью они удерживались въ государствахъ Сѣвера и, особенно, въ Скандинавіи. Начиная съ этихъ государствъ и послѣдовательно переходя отъ сѣвера на югъ,

---

[1]) „Durch aller frouwen êre.—Rret Got und diû wip“. Гриммъ, *deutsche Mythologie*, т. I, стр. 369 и слѣд.

[2]) Духъ законовъ, книга XI, гл. 6.

отъ германскихъ народовъ къ латинскимъ расамъ, я хочу прослѣдить за гражданской правоспособностью женщины по различнымъ европейскимъ законодательствамъ. Я закончу Франціей, которая, благодаря своему центральному положенію въ Европѣ и своему централистическому генію, сумѣла объединить и претворить германскій элементъ съ римскимъ, представя въ своемъ законодательствѣ, одновременно столь гармоническомъ и столь сложномъ, какъ бы единеніе и синтезъ всѣхъ остальныхъ законодательныхъ системъ.



КНИГА III.

Иностранныя законодательства.

КНИГА III.

Иностранныя законодательства.

ГЛАВА I.

Скандинавія.

Въ Скандинавіи мы находимъ ту же первобытную Германію. Нравы и учрежденія, описанные Тацитомъ, и здѣсь, конечно, измѣнились, но это измѣненіе было результатомъ ихъ естественнаго и нормальнаго развитія. Въ другихъ странахъ, напротивъ, эти нравы и учрежденія искажались и преобразовывались подъ чужеземнымъ вліяніемъ. Довольно открыть древніе кодексы Швеціи, Норвегіи и Исландіи, чтобы ознакомиться въ первоначальной чистотѣ и, такъ сказать, въ самомъ источникѣ—съ тѣмъ германскимъ правомъ, которое перешло въ преобразованномъ видѣ и въ новую цивилизацію. Остановимся на нѣсколько минутъ передъ этими историческими памятниками, къ которымъ до сихъ поръ относились, можетъ быть, слишкомъ пренебрежительно. Изученіе заключающихся въ нихъ законовъ дастъ намъ не *право одного* какого-либо народа, или уединеннаго полуострова, а общій источникъ всѣхъ новыхъ законодательствъ, которыя представятся намъ въ новомъ освѣщеніи.

Всѣ памятники германскаго права могутъ быть раздѣлены на двѣ рѣзко отличныя другъ отъ друга категоріи. Одни, изданные варварами на ихъ собственномъ языкѣ и на родинѣ ихъ предковъ, носятъ чисто германскій характеръ, какъ по формѣ, такъ и по происхожденію: это—кодексы Даніи, Скандинавскаго полуострова

и острововъ Скандинавіи [1]). Другіе, записанные на латинскомъ языкѣ, въ латинскихъ странахъ, въ центрѣ римскихъ вліяній, носятъ болѣе римскій, чѣмъ варварскій отпечатокъ: таковы кодексы различныхъ германскихъ племенъ, поселившихся на территоріи Имперіи.

До сихъ поръ — по крайней мѣрѣ, во Франціи—германское право изучали лишь по этой второй категоріи памятниковъ. Подъ вліяніемъ довольно естественной иллюзіи, предполагали, что можно изслѣдовать источники новыхъ законодательствъ, не выходя изъ предѣловъ тѣхъ странъ, гдѣ они были изданы, и для того, чтобы отыскать, напр., источники французскаго законодательства, часто ограничивались обращеніемъ лишь къ тѣмъ германскимъ кодексамъ, которые дѣйствовали нѣкогда и на французской почвѣ. Но не законы, изданные на берегахъ Роны или Сены, могутъ освѣдомить насъ о томъ, какъ жили наши предки, когда полудикія еще племена, къ которымъ они принадлежали, кочевали по побережью Балтики, или по равнинамъ Одера. Въ эпоху изданія этихъ законовъ, Франки, Готы и Бургунды, уже затронутые христіанствомъ, дисциплинированные королями, переведенные подъ небо юга, въ самый центръ городской роскоши и цивилизаціи, почти забыли простые и грубые нравы своего перваго отечества. Чтобы узнать германцевъ, надо прослѣдовать за ними тѣмъ путемъ, которымъ они шли въ своихъ завоеваніяхъ; надо пробраться въ тѣ страны, откуда они вышли,—на полуострова Ютландіи и Скандинавіи, называемые Іорнандомъ „фабрикою народовъ“.

---

[1]) Вотъ необходимыя для пониманія цитатъ, которыя намъ придется дѣлать, главнѣйшія изданія этихъ кодексовъ. *Исландія*: Grâgâs, изд. Schlegel, Havniae, 1829 (съ лат. переводомъ), 2 тома; Jàrnsida, изд. Sveinbjoernsson, Havniae, 1847 (съ лат. пер.). *Норвегія*: Norges gamle love indtil 1387, изд. Keyser og Munch, Christiania, 1846—9, 3 т. *Швеція*: Samling of Sweriges gamla Lagar, изд. Collin и Schlyter, Stockholm, Upsal и Lund, 1827—62, 10 т. (съ лат. пер.). *Данія*: Древніе датскіе законы были изданы Kolderup-Rosenvinge (Samling of gamle danske Lowe, Копенгагенъ, 1821—46, 5 т.), и, позднѣе, Thorsen (Saellandske, Skanske, Jydske Low, Копенг., 1852—53, 5 т.). * См. R. Dareste: *Mémoire sur les anciennes lois suedoises* (Journ. des Savants, sept.-oct. 1880);—Les anciennes lois du Danemark (ibid., fevr. 1881);—Les anciennes lois de la Norvège (ibid., avril-mai 1881);—Les anciennes lois de l'Islande (ib., août 1881) Ср. Weinhold: *Altnordisches Leben*.

Вотъ тамъ-то мы и найдемъ этихъ варваровъ у себя дома. „Можно съ увѣренностью сказать,—говоритъ ученый Вильда [1]),—что, несмотря на неясность топографіи поселенія германскихъ племенъ, области, въ которыя Тацитъ помѣщаетъ Кимвровъ, Готовъ и Свевовъ, тѣ же, которыя эти племена занимали и въ средніе вѣка“. Изъ всѣхъ потомковъ одной и той же расы только Скандинавы остались вѣрны своей родной землѣ и учрежденіямъ своихъ предковъ. Они одни сумѣли сохранить въ неприкосновенности сокровище національныхъ традицій. Почти отрѣзанные отъ остальной Европы морями и льдами, они въ своихъ дикихъ и спокойныхъ убѣжищахъ не чувствовали ни вліянія римской цивилизаціи, ни натиска варварскихъ нашествій. Да и христіанство проникло къ нимъ очень поздно. Ходъ христіанскихъ идей черезъ Европу былъ почти обратенъ тому, который приняли вооруженныя переселенія варваровъ. Эти послѣднія шли отъ Сѣвера на Югъ, а мирное распространеніе христіанства происходило отъ Юга на Сѣверъ и достигло береговъ Балтики не ранѣе X и XI вѣковъ. Но къ этому времени національныя учрежденія Скандинавовъ успѣли настолько развиться и окрѣпнуть, что христіанское духовенство не могло преобразовать ихъ въ самой колыбели, какъ оно сдѣлало это съ нарождавшимися лишь законодательствами Германскаго Юга. Правда, что, если бы о возрастѣ учрежденій можно было судить по датѣ оффиціальныхъ текстовъ, ихъ утверждающихъ, то старшинство оказалось бы не за скандинавскимъ законодательствомъ. Самые древніе кодексы Швеціи и Норвегіи ведутъ свое начало лишь съ X столѣтія, тогда какъ законы Вестъготовъ, Бургундовъ и Франковъ восходятъ къ VII и даже V вѣкамъ. Но нужно ли говорить, какъ обманчива должна быть эта чисто внѣшняя хронологія, если имѣть въ виду не одну послѣдовательность событій, а и развитіе идей! Если же вмѣсто того, чтобы классифицировать различные германскіе кодексы по датѣ, записанной на каждомъ изъ нихъ, мы сравнимъ ихъ по содержанію, то скоро убѣдимся, что позднѣйшіе по времени изданія законы являются иногда древнѣйшими по происхожденію. Таковы, въ особенности, законы скандинавскихъ народовъ: записанные, бо́льшею частью, спустя цѣлое тысячелѣтіе послѣ Тацита, они предста-

---

[1]) Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Галле, 1842, стр. 11.

вляютъ съ книгой римскаго историка такое сходство, какого не даетъ въ той же степени ни одно изъ другихъ германскихъ законодательствъ.

Въ Grâgâs Исландіи или въ Gulathing Норвегіи, какъ и у Тацита, германцы являются передъ нами съ нравами и учрежденіями, характеризующими нарождающіяся общества: семья-суверенна и управляется сама собой, глава дома — судья и первосвященникъ [1]); самоуправство вооруженной рукой не отмѣнено [2]), но урегулировано, и судъ посредниковъ, избираемыхъ сторонами, не замѣненъ еще судомъ, поставленнымъ отъ короля [3]). Напротивъ, у южныхъ германцевъ, по законодательствамъ Вестъ-готовъ, Лонгобардовъ или Бургундовъ, нѣтъ болѣе ни права мести, ни частныхъ войнъ, ни посредническихъ, ни семейныхъ судовъ, ни суверенной семьи; государство уже упрочилось съ его администраціей, судами и даже полиціей; индивидуальная независимость, домашній суверенитетъ, склонились передъ общественной властью [4]).

И въ отношеніи регулированія правъ женщины германскія законодательства Юга и Сѣвера представляютъ рѣзкую противоположность. Удивительно при этомъ, что съ наиболѣе мягкимъ отношеніемъ къ женщинѣ, съ лучшей охраной ея достоинства и правъ мы — встрѣчаемся не въ полуримскихъ и полуцивилизованныхъ законодательствахъ Галліи, Испаніи и Италіи, а въ совсѣмъ еще варварскихъ законахъ Швеціи, Норвегіи и Исландіи. Сравнимъ, напримѣръ, еще примитивные обычаи норвежскихъ или исландскихъ племенъ съ уже обработаннымъ и правильнымъ законодательствомъ лонгобардскаго королевства въ Италіи. У Лонгобардовъ женщина всегда находится подъ властью опекуна или, скорѣе, господина; у Скандинавовъ она можетъ быть сама

---

[1]) Владѣніе *godord*, съ которымъ связывались функціи суда и жреческой власти, было наслѣдственно въ исландскихъ семьяхъ. Grâgâs, Thingskapa-thâttr, 61 (т. I, стр. 166). Вотъ гдѣ настоящій источникъ вотчинной судебной власти.

[2]) Grâgâs, *Vigslodi*, 11, 13, 79, 104 (т. II, стр. 15—19, 123, 144).

[3]) Съ третейскимъ разбирательствомъ (*saettarmen*—люди мира) мы встрѣчаемся постоянно въ Grâgâs. *Kaupa-balkr*, 69, 70, 80 (т. I, стр. 485—497).

[4]) См. ниже о законахъ Лонгобардовъ гл. IV, § 2; о законахъ Вестъ Готовъ гл. V, § 2; о законахъ Франковъ и Бургундовъ кн. IV, гл. I, § 1

опекуномъ. У Лонгобардовъ она не можетъ распоряжаться никакимъ имуществомъ; у Скандинавовъ она располагаетъ иногда даже недвижимостью. Наконецъ, въ Италіи вдова навсегда привязана къ семьѣ мужа; въ Норвегіи и Швеціи она возвращается въ свою семью. Какъ далеко поэтому отъ истины мнѣніе, что положеніе женщины въ Германіи улучшалось по мѣрѣ упорядоченія и смягченія народныхъ обычаевъ подъ вліяніемъ римской цивилизаціи! Это слишкомъ общее, къ сожалѣнію, заблужденіе разсѣивается благодаря согласному свидѣтельству Тацита и скандинавскихъ законовъ. Согласно этимъ свидѣтельствамъ мы должны, наоборотъ, признать, что женщина лишилась части своихъ правъ и власти какъ разъ съ тѣхъ поръ, какъ германцы перешли отъ патріархальной жизни къ военному и монархическому строю, отъ племенного уклада къ государственному. Это—не случайный фактъ, а выраженіе историческаго закона, который мы отмѣчали уже нѣсколько разъ въ теченіе настоящаго изслѣдованія и который мы увидимъ сейчасъ подтвержденнымъ снова въ исторіи скандинавскихъ учрежденій.

У Скандинавовъ, какъ и у большинства германскихъ народовъ, правоспособность женщины уменьшается со вступленіемъ ея въ бракъ и увеличивается со вдовствомъ. У дѣвушки она представляется, такъ сказать, въ нормальномъ видѣ, и поэтому лучше всего—начинать съ нея.

Дѣвушка, какъ мы это уже видѣли, находится всегда подъ опекой, что вовсе не означаетъ, какъ то иногда думаютъ, что она постоянно стоитъ въ положеніи несовершеннолѣтней; наоборотъ, законное совершеннолѣтіе [1]) наступаетъ какъ для юноши, такъ и для дѣвушки, и если дѣвушка, достигшая совершеннолѣтія, сохраняетъ еще опекуна, то этотъ послѣдній пользуется лишь ограниченными правами, которыхъ размѣръ опредѣляется въ различныхъ скандинавскихъ кодексахъ различно.

Въ Норвегіи и Исландіи женщина, достигшая совершеннолѣтія, имѣетъ право свободнаго пользованія и управленія своимъ имуществомъ. Она можетъ даже вчинать по своему произволу иски въ судѣ и руководить производствомъ по этимъ искамъ, такъ какъ, если ей не разрѣшено личное веденіе дѣла, то законъ

---

[1]) Grágás, *Arfa-tháttr*, 4 (т. I, стр. 180).

признаетъ за ней, по крайней мѣрѣ, право избирать и смѣщать своего представителя [1]). Наконецъ, она можетъ, до извѣстной степени, и распоряжаться своимъ имуществомъ; единственныя дѣйствія, запрещенныя ей закономъ, это—отчужденіе корабля, сеньёріи (*godard*) и болѣе половины ея поля [2]). Словомъ, оказывать женщинѣ содѣйствіе въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ — вотъ все, къ чему Gràgàs и норвежскіе кодексы сводятъ всѣ права законнаго опекуна.

Кодексы Швеціи и Даніи предоставляютъ ему болѣе широкія полномочія. Стоя ближе къ центру Европы по своему географическому положенію, эти два государства менѣе различаются отъ него и своими учрежденіями и обычаями. Женщина здѣсь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ приравнена къ малолѣтнему [3]). Опекунъ не ограниченъ, какъ въ Норвегіи или Исландіи, тѣмъ, чтобы оказывать ей помощь: онъ также представляетъ ее и дѣйствуетъ за нее; его вмѣшательство не исключительное, а общее и постоянное; одинъ и тотъ же законный опекунъ (ближайшій родственникъ или вообще предполагаемый наслѣдникъ) является ея представителемъ какъ на судѣ, такъ и при заключеніи сдѣлокъ.

И тѣмъ не менѣе, даже въ Даніи и Швеціи личность женщины не вполнѣ исчезаетъ за властью опекуна. Опекунъ отправляетъ право женщины, но самое право остается за нею. По иску или отвѣту, по нанесенному или полученному оскорбленію, дѣло касается только ее, и она одна имѣетъ право на композицію и обязанность уплатить послѣднюю [4]). Опекунъ женщины есть, слѣдовательно, управитель чужого имущества и, въ качествѣ таковаго, онъ отвѣтственъ и обязанъ къ отчетности; законъ запрещаетъ ему отчужденіе и требуетъ отъ него отчета не только въ капи-

---

[1]) Biarkeyar-rett, 99 (т. I, стр. 332).

[2]) Gràgàs, *Festa-thattr*, 21 (т. I, стр. 334).

[3]) Oestgoethalagen, *Raefsta-balk., 12* (т. II, стр. 175) Andr. Sunonis lex Scaniae, стр. 105.

[4]) Eriks Saellandsae Lov, II, 20 (изд. Thorsen, стр. 111); ср. Gràgàs *Vigslodi*, 49 (т. II, стр. 89). Однако, въ Швеціи есть провинціи, гдѣ опекунъ удерживаетъ въ свою пользу часть композиціи и обязанъ, въ случаѣ несостоятельности подопекаемой, платить за нее изъ собственныхъ средствъ эту композицію. Oestgoethalagén, *Vada-mal*, 14, 35 (т. II, стр. 20, 75).

талѣ, но даже въ процентахъ и плодахъ, приносимыхъ этимъ капиталомъ [1]). Этотъ отчетъ долженъ быть данъ ко времени прекращенія опеки, т.-е. когда подъопекаемая вступаетъ въ бракъ. Съ этого момента въ жизни женщины открывается новый періодъ; къ изученію котораго мы теперь и переходимъ.

Бракъ женщины [2]), полагающій конецъ власти опекуна, не обходится еще безъ посредства этой власти. Въ принципѣ, одинъ опекунъ распоряжается рукой состоящей подъ его опекой дѣвушки, которая имѣетъ, однако, право отказаться отъ предложенной ей партіи [3]). Даже болѣе того, если опекунъ или семья уклоняются пристроить подъопекаемую, или пренебрегаютъ этимъ дѣломъ, то, по достиженіи половой зрѣлости, она можетъ, заручившись лишь помощью одного изъ своихъ родственниковъ, сама располагать своей рукой, сама выбрать себѣ мужа [4]). Очевидно, что подобный бракъ, въ которомъ свободному выбору супруги предоставленъ столь широкій просторъ, не имѣетъ ничего общаго съ бракомъ путемъ покупки невѣсты, такъ распространенномъ у восточныхъ народовъ. Вотъ новое и кажется достаточное доказательство въ подтвержденіе уже высказанной мысли, что продажа невѣсты, о которой говорятъ всѣ скандинавскіе кодексы, имѣетъ въ нихъ значеніе простого символа [5]).

Установленный по согласію обоихъ супруговъ, бракъ можетъ быть и прекращенъ по тому же согласію: законъ не ставитъ никакихъ иныхъ условій для развода по взаимному согласію, кромѣ разрѣшенія церкви. Разводъ произносится епископомъ, и, расходясь съ женой, мужъ долженъ дать ей лошадь—для того, чтобы

---

[1]) Rive, *Geschichte der deutschen Vormundschaft*, Брауншвейгъ, 1862—66, т. I, стр. 110.

[2]) Ср. Thorlacius, *Borealium vet. matrimonia cum. Rom. inst. collata*, Hafniae 1784; K. d'Olivecrona, *Précis historique de la communauté des biens entre époux*, Парижъ 1866.

[3]) Westgoethalagen, II, *Kirkiu-balk.*, 52 (т. I, стр. 99); Uplandslagen, *Aerfthaebalk.*, 1, § 4 (т. III, стр. 105). Въ Исландіи было, можетъ быть, иначе; см. Nialsaga, 10; Egil saga, 7.

[4]) Grágás, *Festa-thàttr*, 2 (т. I, стр. 307).

[5]) *Wingiaef*, уплачиваемый женихомъ въ нѣкоторыхъ провинціяхъ Швеціи опекуну, не можетъ считаться, какъ и *mundr*, цѣною за невѣсту; это скорѣе вознагражденіе опекуна за ту отвѣтственность, которую онъ несъ во все теченіе опеки. Rive, *Vormundschaft.*, стр. 119.

она могла вернуться въ свою семью [1]). Разводъ можетъ быть совершенъ и по требованію жены, если мужъ дурно или пренебрежительно обращается съ нею, или расточаетъ ея имущество [2]). Власти мужа поставлены, такимъ образомъ, извѣстныя границы,— какъ и власти опекуна,— но границы менѣе узкія. Мужъ является не только управителемъ имущества жены, но и хозяиномъ его' каковъ бы ни былъ порядокъ имущественныхъ отношеній, принятый обоими супругами, каково бы ни было имущество жены, движимое или недвижимое, принесенное ею въ приданое или иначе, мужъ можетъ всегда распоряжаться имъ по своему усмотрѣнію, будучи обязанъ лишь вернуть стоимость этого имущества при расторженіи брака [3]). У жены есть только одно средство остановить расточительность мужа и тѣмъ предупредить разореніе—и свое, и своихъ дѣтей: она можетъ умолить епископа разрѣшить ей немедленное полученіе всего своего имущества или, хотя бы, части его, не ожидая расторженія брака [4]); это—настоящая *separation des biens*. За исключеніемъ этого крайняго средства, примѣненіе котораго на дѣлѣ было, навѣрное, очень рѣдко, права женщины, во все продолженіе брака, сводятся къ весьма немногому: она можетъ, безъ разрѣшенія мужа, отчуждать или обязываться на крайне незначительную сумму, размѣръ которой опредѣленъ закономъ; кромѣ того, она можетъ, но только во время отсутствія мужа, заключать одна обязательства и безъ всякаго иного ограниченія, кромѣ того, чтобы эти обязательства не выходили изъ сферы потребностей ея хозяйства; наконецъ, всѣ дѣйствія, ею совершаемыя, становятся дѣйствительными, если мужъ даетъ на нихъ свое одобреніе или упускаетъ оспаривать ихъ въ срокъ, установленный для того закономъ, и часто весьма короткій [5]).

---

[1]) Grágás, Festa-tháttr, 15 (т. I, стр. 326). Такимъ образомъ, участіе церкви, не требовавшееся при заключеніи брака, было необходимо при его расторженіи.

[2]) Ibid., 14—16, 19 (т. I, стр. 325—333).

[3]) Andr. Sunonis lex Scaniae, стр. 97: „Nulla prole suscitata vel superstite, alienare non debet praedium uxoris maritus; si tamen alienaverit, stabit alienatio". Ср. однако Oestgoethalagen, *Gipta-balk*, 14—22.

[4]) См. выше, стр., прим. 3.

[5]) „Женщина, говоритъ Grágás, не можетъ распорядиться или обязаться болѣе, чѣмъ на полъ-унціи въ годъ" (Festa-tháttr, 21, т. I, стр. 333).

Но права женщины, чрезвычайно блѣдныя во все теченіе брака, выступаютъ ясно и получаютъ свое осуществленіе послѣ его расторженія. Эти права различаются тогда сообразно различнымъ системамъ имущественныхъ отношеній супруговъ. Скандинавскіе законы различаютъ двѣ такихъ системы, которыя мы можемъ называть, примѣняясь къ терминологіи современнаго права, системами законной общности имуществъ и исключенія этой общности.

Общность имуществъ можетъ считаться системой, которой законодательство отдаетъ предпочтеніе: исландскіе и норвежскіе законы предполагаютъ ее послѣ нѣсколькихъ лѣтъ совмѣстной жизни [1]), а шведскіе и датскіе законы предполагаютъ ее всегда [2]). Во всѣхъ случаяхъ эта общность обнимаетъ собою лишь пріобрѣтенія, сдѣланныя во время брачнаго сожитія, и движимость; что же касается наслѣдственнаго недвижимаго имущества, то супруги не могутъ ввести его въ свою общность иначе, какъ съ согласія наслѣдниковъ этого имущества [3]). При расторженіи брака жена, выдѣляя себѣ въ натурѣ, или въ цѣнности, свое собственное недвижимое имущество и предбрачный даръ, *mundr*, полученный ею отъ мужа, беретъ затѣмъ и свою долю въ общемъ имуществѣ; эта доля опредѣляется обычаями иногда въ половину, чаще — въ треть всего общаго имущества [4]).

Если супруги при вступленіи въ бракъ исключаютъ взаимнымъ соглашеніемъ общность въ своемъ имуществѣ, то подобное соглашеніе не стѣсняетъ еще правъ мужа втеченіи брака; онъ можетъ распоряжаться имуществомъ жены такъ же свободно, какъ если бы оно состояло въ супружеской общности; но разъ бракъ расторгнутъ, мужъ долженъ вернуть полностью цѣнность всего, что принадлежало женѣ, и отдать ей даже тѣ сбереженія, кото-

---

[1]) Въ Исландіи — 3 года. Grâgâs, *Festa-thâttr*, 22 (т. I, стр. 335). Въ Норвегіи—годъ или 20 лѣтъ. Frostathingloeg, XI, 6—8; Gulathingloeg, 53 (т. I, стр. 28).

[2]) Westgoethalagen, I, *Aerfthae-balk.*, 18; II, Arvae-balk., 26 (т. I, стр. 30, 140); Skanske Lov, I, 7; Jydske Lov, I, 6.

[3]) Gulathingloeg, 53 (т. I, стр. 28).

[4]) Grâgâs, *Festa-thâttr*, 22; Uplandslagen, Aerftae-balk., 9; Westgoethalagen, I, *Aerfthae-balk*, 5, 18, 24, 25; Kolderup-Rosenvinge, *daenische Rechtsgeschichte*, § 50, 53.

рыя могли бы собраться у него при управленіи и распоряженіи ея имуществомъ [1]).

Вотъ тѣ разнообразныя гарантіи, которыя охраняли одновременно и личность, и имущество супруги отъ злоупотребленій власти мужа. И эти гарантіи были не фиктивныя, несмотря на то, что жена, не имѣя права явки на судъ, не могла осуществлять ихъ лично. Припомнимъ, что даже во время своего замужества она оставалась подъ защитой своей семьи, своихъ прежнихъ опекуновъ, и могла всегда обратиться къ нимъ съ тѣмъ, чтобы они выступили противъ ея мужа [2]).

Къ этимъ-то опекунамъ женщина и возвращалась послѣ своего развода или вдовства. Но она возвращалась не прежней подъопекаемой,—подчиненной и зависимой: бракъ ее почти эманципировалъ. Имущество, вынесенное ею изъ дома супруга, оставалось въ ея рукахъ; она свободно имъ управляла. Если она не могла отчуждать своей недвижимости безъ согласія своего наслѣдника, который считался въ то же время, по общему правилу [3]), и ея опекуномъ, то это было лишь послѣдствіемъ общаго какъ для мужчины, такъ и для женщины, германскаго принципа семейной собственности. Разведенная жена или вдова могла даже, въ видѣ общаго правила, снова выйти замужъ, нуждаясь для этого не въ согласіи своего опекуна, а лишь въ содѣйствіи одного изъ близкихъ родственниковъ [4]). Наконецъ, на половину освобожденная отъ опеки, она сама получала доступъ къ законной опекѣ: дѣти находились подъ ея присмотромъ, она управляла ихъ имуществомъ съ помощью своего ближайшаго родственника, руководила сама ихъ воспитаніемъ, одна располагала рукой своей дочери, если у послѣдней не было совершеннолѣтняго брата [5]). Словомъ, кромѣ

---

[1]) Rive, *Vormundschaft*, стр. 131.

[2]) См. выше, стр. 193 и слѣд.

[3]) Skanske Low, III, I; Kolderup—Rosenvinge, стр. 28, пр. а.

[4]) Grâgâs, *Festa-thâttr*, 2; Gulathingloeg, 51; Uplandslagen, *Aerfthaebalk.*, 2.

[5]) Andr. Sunonis lex Scaniae, стр. 108: „Infans vero, donec septimum annum impleverit, provisioni relinquitur pietatis maternae, et quoniam usque ad illud tempus a matre pro morte filii, mater ecclesia requirit satisfactionem poenitentiae, et ab ea *doccius* infantiae tractari *crependia* et necessaria solent affectuosius exhiberi“.—Westgoethalagen. I, *Aerflae-balk*, 4 § 2; Oestgoethalagen, *Gipta-balk.*, 18, 19; выше стр. 200.

неспособности выступать на судѣ, связанной съ поломъ и сопровождавшей женщину во всѣхъ ея положеніяхъ, вдова пользовалась уже по самымъ древнимъ скандинавскимъ кодексамъ такой личной независимостью и гражданскою свободою, какой не признавало за ней очень долго большинство европейскихъ законодательствъ.

II.

Послѣ обзора скандинавскаго права въ его древнѣйшихъ памятникахъ намъ остается сказать нѣсколько словъ объ его позднѣйшихъ судьбахъ. Мы можемъ ограничиться здѣсь лишь самыми общими замѣчаніями, такъ какъ въ законахъ сѣверныхъ народовъ мы ищемъ, главнымъ образомъ, источниковъ новаго законодательства, и, съ этой точки зрѣнія, древнѣйшіе памятники являются для насъ въ то же время и важнѣйшими.

Кромѣ того, законодательства обоихъ скандинавскихъ полуострововъ подвергались гораздо меньшимъ измѣненіямъ, чѣмъ законодательства остальной Европы, и если мы знаемъ, какими они были при своемъ возникновеніи, то изученіе ихъ въ современномъ видѣ дастъ намъ немного новаго. Я недавно указывалъ на то, какую поразительную однородность представляютъ учрежденія, описанныя Тацитомъ, съ учрежденіями, освященными древними законодательствами Швеціи и Исландіи. Еще поразительнѣе сходство этихъ древнихъ законодательствъ съ тѣми, которыми управляются эти страны и въ настоящее время.

Объясненіе этого явленія лежитъ въ томъ, что земли оставались въ сторонѣ отъ всѣхъ соціальныхъ революцій, которыя въ центрѣ и на югѣ Европы производили перевороты и обновляли постепенно законодательство и нравы. Здѣсь было то же могущественное дворянство, но не было никогда ига той феодальной іерархіи, которая растилала неразрывную сѣть своихъ службъ попривиллегій отъ Эльбы до Тибра, и отъ Темзы до Таго. Позже появились и наслѣдственные короли, но никогда не появлялось той системы централизаціи, которая повсюду въ другихъ странахъ конфисковала въ пользу монархической власти всѣ мѣстныя вольности. Скандинавскія страны оставались почти всегда чуждыми тѣхъ крупныхъ движеній христіанскаго рыцарства, которыя, сплачивая

въ одну лигу противъ Азіи различные народы Европы, знакомили ихъ другъ съ другомъ и устанавливали между ними постоянный обмѣнъ идей и взаимность вліяній. Ограниченные, такимъ образомъ, своей тѣсной родиной, скандинавскіе народы привязались исключительно къ учрежденіямъ своихъ предковъ. Даже революціи у нихъ были проникнуты какъ бы консервативнымъ духомъ. Отдавшись, напримѣръ, горячо протестантской реформѣ, они отталкивали отъ себя, въ лицѣ католическаго духовенства, носителей и распространителей латинской цивилизаціи и идей, естественно враждебныхъ ихъ національному праву. Поэтому-то ихъ старые германскіе кодексы и устояли лучше, чѣмъ всѣ другія европейскія законодательства, противъ всезахватывавшаго вліянія каноническаго и римскаго права, и когда эти устарѣлые кодексы должны были, наконецъ, подвергнуться пересмотру, когда въ срединѣ XVII столѣтія шведскій сеймъ рѣшился дать странѣ новый кодексъ, то въ основу его былъ положенъ тотъ принципъ, „что не будетъ сдѣлано никакого посягательства на древнее и коренное право королевства, что все ограничится присоединеніемъ къ нему дополненій и объясненій, ставшихъ необходимыми" [1]).

Послѣ этого нельзя удивляться, если изъ всѣхъ общихъ кодексовъ, дѣйствующихъ теперь въ разныхъ государствахъ Европы, наименѣе современными являются скандинавскіе кодексы. Шведское законодательство, о которомъ я только что говорилъ, и которое было окончательно опубликовано лишь въ 1734 г., дѣйствуетъ и въ наши дни. Норвегія управляется до сихъ поръ кодексомъ 1687 г. Въ Даніи, чтобы отыскать самое новое общее законодательство, надо подняться до 1683 г.; наконецъ, въ Исландіи, несмотря на нѣкоторыя частичныя реформы, кодексъ Grágás, о

[1]) Сеймъ 1644 г.—*Я бы* показалъ, если бы это не было слишкомъ длинно, что консервативная тенденція доминируетъ и проходитъ черезъ всю исторію скандинавскаго права. Учрежденіе королевскихъ судей въ Даніи не восходитъ далѣе второй половины XIII столѣтія (при Христофорѣ I и Эрихѣ Глиппингѣ): начало вмѣшательства публичной власти въ семью, назначеніе опекуна судомъ относятся какъ въ Швеціи, такъ и въ Даніи — лишь къ концу XV столѣтія (Іоаннъ, 1488). Частныя войны запрещены окончательно только ордонансами 1618 и 1620 (Христіанъ IV), а обычай барщины держится и до сихъ поръ на помѣщичьихъ фермахъ.

которомъ говорилось выше, какъ о наиболѣе близкомъ первобытному праву Германіи, составляетъ и теперь еще основу гражданскаго законодательства [1]).

Возьмемъ самый поздній изъ этихъ сборниковъ законовъ— шведскій кодексъ 1734 г., и по сравненіи его съ наиболѣе древними законами Швеціи, у насъ получится мѣрка для того пути, который прошли скандинавскіе народы съ начала среднихъ вѣковъ и до нашего времени.

Прежде всего поражаетъ въ этомъ кодексѣ то, что онъ вовсе не имѣетъ своимъ предметомъ установленія однороднаго законодательства для всей страны, какъ это имѣютъ въ виду наши кодексы. Онъ не только допускаетъ многочисленные мѣстные обычаи, раздѣляющіе между собою всю страну, но и самъ раздѣляется на двѣ части, какъ бы на два различныхъ другъ отъ друга кодекса: кодексъ для городовъ и кодексъ для деревень, Staadzlagh и Landslagh. Въ городахъ, расположенныхъ большею частью по берегу моря, интересы торговли и промышленности торжествуютъ надъ консервативными инстинктами и толкаютъ законодательство на путь прогресса. Но города въ Швеціи рѣдки; стоитъ отдалиться отъ берега и пройти во внутрь страны, чтобы напасть на обширные лѣса, покрывающіе собою девять десятыхъ территоріи; здѣсь нѣтъ болѣе городовъ, нѣтъ большого скопленія населенія; люди живутъ разрозненными и отдѣльными группами въ горахъ и въ лѣсахъ— приблизительно такъ же, какъ жили германцы временъ Тацита: „discreti ac diversi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit“ [2]). Это крестьянское населеніе, превосходящее значительно своею численностью городское, сохраняло до послѣдняго времени нравы и учрежденія, почти первобытные. Судить объ этомъ можно по нѣсколькимъ выдержкамъ изъ сельскихъ кодексовъ 1734 г.

Женщина по этому кодексу, какъ и въ силу древне-германскаго принципа, не способна къ явкѣ на судъ и подчинена постоянной опекѣ. Ее эманципируетъ одно лишь вдовство. Она

---

[1]) Jonsbok (1280), хотя и представляетъ собою также общій кодексъ, не отмѣняетъ кодекса Grâgâs.

[2]) Я заимствую эти подробности у Saint-Joseph, *Concordances des codes civils étrangers*, т. III, стр. 494 (*Introduction au code suédois*).

наслѣдуетъ, но только въ половинной долѣ, какъ это было установлено и самыми древними скандинавскими законами [1]).

Браку предшествуетъ, какъ и у древнихъ германцевъ, торжественное и обязательное обрученіе, которое сопровождается всегда старой формулой: „Тебѣ (невѣстѣ) почетъ и права супруги; тебѣ— ключи моего дома, половина моего ложа и третья часть всего, чѣмъ я владѣю, и что мы впослѣдствіи пріобрѣтемъ сообща" [2]). Невѣста играетъ какъ будто пассивную роль въ договорѣ, рѣшающемъ ея судьбу; договаривающимися сторонами являются женихъ и опекунъ невѣсты. Этотъ опекунъ — ея отецъ, братъ, всегда родственникъ мужского пола и, преимущественно, агнатъ. Если опекунъ отказываетъ въ согласіи на бракъ по недоброжелательству, то судъ разсматриваетъ это дѣло и, въ случаѣ надобности, можетъ замѣнить согласіе опекуна своимъ [3]).

Что касается имущества супруговъ, то новый законъ такъ же, какъ и древній, предполагаетъ, при отсутствіи особаго соглашенія, общность пріобрѣтеннаго во время брака и движимаго имущества. Жена имѣетъ право только на половину доли мужа въ общемъ имуществѣ—точно такъ же, какъ она получаетъ половинную долю и при наслѣдованіи совмѣстно съ наслѣдниками мужского пола. Это право жены—не болѣе, какъ право „переживающаго супруга", такъ какъ во все продолженіе брака мужъ—абсолютный хозяинъ общаго имущества [4]), и, лишь при отсутствіи или сумасшествіи его, жена можетъ управлять этимъ имуществомъ и даже отчуждать его. Но долги, сдѣланные мужемъ въ его личномъ интересѣ, не могутъ падать ни на собственное имущество жены, ни даже на ту долю, которая ей принадлежитъ въ общемъ имуществѣ, если только она сама не вступила въ обязательство совмѣстно съ

---

[1]) Landzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 20; *Erffda-balk.*, 1, 3 (пер. Сен-Жозефа, тит. *о бракѣ* IX, I; *тит.* о наслѣдованіи, XIX, 2, 3). Dreyer, de *inaequalitate masc. et. feminar. sec. j. Cimbrica*, Helmstaedt, 1744.

[2]) ...„Til hedaer ok til husfru, ok til siaeng halfrae, til lasae ok niklae, ok til laghae thridiungx i allu han a. i. loesoerum, ok han afflae fa". Uplandslagen, *Aerfthae-balk.*, 3.

[3]) Но согласіе дѣвушки не можетъ быть насилуемо. Landslagh, *Gifftomàla-balk.*, 1—5 (Сенъ-Жозефъ, тит. о бракѣ, I, 5; VI, 4).

[4]) Ему запрещено отчуждать только недвижимое имущество жены. Landzlagh, *Gifft.-balk.*, 16; (Сенъ-Жозефъ, тит. о бракѣ, XI).

мужемъ. Замѣтимъ, что подобное обязательство со стороны жены вовсе не запрещается скандинавскими законами: предупреждая рядомъ запрещенiй продажи между супругами [1]), эти законы никогда не повторяли сенатусъ-консульта Веллейана и не ставили препятствiй къ заключенiю женой обязательствъ въ пользу ея мужа [2]). Наконецъ, переходя во вдовство, женщина освобождается и отъ опеки. Она не только становится въ это время госпожою своей личности и своего имущества, но и надзираетъ надъ личностью и имуществомъ своихъ дѣтей, хотя въ этомъ отношенiи ей приходится еще обращаться къ содѣйствiю опекуна или родственниковъ мужа [3]). Не трудно замѣтить, что всѣ эти постановленiя какъ бы списаны съ древнихъ законовъ.

Я уже говорилъ, что городское законодательство рѣзко отличается отъ сельскаго. Приведу нѣсколько примѣровъ. Женщина имѣетъ въ городахъ уже не половинную, а полную долю при наслѣдованiи; точно такъ же она получаетъ полную долю, т.-е. всю половину и изъ супружескаго общаго имущества [4]). При выходѣ дочери замужъ спрашиваютъ согласiя матери даже при жизни отца. Наконецъ, мать можетъ такъ же, какъ и отецъ, назначить въ своемъ завѣщанiи опекуна своимъ дѣтямъ [5]).

До сихъ поръ рѣчь шла лишь о двухъ шведскихъ законодательствахъ 1734 г. Что касается датскихъ и норвежскихъ законодательствъ, то достаточно сказать что они почти во всѣхъ своихъ пунктахъ сходятся съ сельскимъ кодексомъ Швецiи [6]).

---

[1]) Основанiя, данныя для этого закономъ (Jydske Lov III, 43) заслуживаютъ быть приведенными: „Часто мужъ, съ хорошими или дурными намѣренiями (med waeght oeldoer med awaeght), заставляетъ жену уступить ему все, что пожелаетъ; и жены бываютъ иногда такъ тонки, что добиваются отъ мужей всего, чего просятъ".

[2]) Солидарное обязательство съ участiемъ въ немъ жены и мужа прямо разрѣшается шведскимъ закономъ. Staadzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 11 (Сенъ-Жозефъ тит. о бракѣ, XI, 3).

[3]) Landzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 15, 20.

[4]) Staadzlagh, *Erffda-balk.*, I, Gifftomàla-balk., 12 (Сен-Жозефъ, тит. о наслѣдованiи, II; тит. о бракѣ, X, 4).

[5]) Ibid., *Gifftomàla-balk.*, I (Сен-Жозефъ, тит. о бракѣ, I).

[6]) Надо отмѣтить, однако, что женщина въ Норвегiи имѣетъ право на половину общаго имущества, хотя при наслѣдованiи она получаетъ лишь половинную долю. Кодексъ 1687 г. 1. V. тит. II, ст. 29.

Таково въ общихъ чертахъ юридическое положеніе женщины по различнымъ скандинавскимъ кодексамъ. Но хотя эти кодексы составляютъ дѣйствующее и теперь право, однако, въ кое-какихъ деталяхъ они подверглись измѣненіямъ и нѣкоторыя изъ этихъ измѣненій нельзя обойти молчаніемъ. По постановленію шведскаго сейма 1810 г. и датскому ордонансу 24 апр. 1839 г., женщина хотя и остается еще въ принципѣ подчиненной постоянной опекѣ, можетъ, однако, испросить какъ объявленія *venia sexus*, т.-е. объявленія зрѣлости, такъ и связаннаго съ этимъ свободнаго управленія своимъ имуществомъ: съ этихъ поръ она нуждается въ содѣйствіи лишь попечителя, и лишь при заключеніи нѣкоторыхъ важнѣйшихъ сдѣлокъ. Законнаго попечителя замѣняетъ вдовѣ повѣренный-совѣтникъ, избираемый ею самой [1]). Въ Норвегіи, по закону 16 іюля 1845 г., женщина, достигшая двадцатипятилѣтняго возраста, вступаетъ по праву и безъ необходимости объявленія *venia sexus* въ положеніе, аналогичное тому, какое занимаетъ эманципированный отъ опеки несовершеннолѣтній; опекуна замѣняетъ имъ обоимъ попечитель, и они получаютъ право личнаго управленія своими дѣлами. Шведскій законъ того же года (19 мая 1845 г.) опредѣляетъ, что, какъ въ деревняхъ, такъ и въ городахъ, женщинѣ предоставляется право на равную съ долей мужчины часть при раздѣлѣ какъ общаго супружескаго имущества, такъ и наслѣдства. Въ Норвегіи та же реформа, хотя еще и не осуществлена, но уже принята на стортингѣ 1851 г.

Не подлежитъ сомнѣнію, что всѣ эти реформы стремятся къ одной цѣли: увеличить права женщины. Слѣдовательно, скандинавскія государства входятъ постепенно въ теченіе новыхъ идей, и можно уже предвидѣть время, когда гражданское законодательство этихъ государствъ приблизится мало-по-малу къ нашему и потеряетъ тотъ оригинальный отпечатокъ, который отличаетъ его еще въ наши дни. Но это время, безъ сомнѣнія, не такъ близко. Въ Скандинавіи реформы не импровизируются; для ихъ проведенія требуются цѣлые вѣка. Кажется, что въ этомъ суровомъ климатѣ, не только физическая природа развертывается медленно и лѣниво, но и нравственные законы, правящіе ходомъ человѣческихъ обществъ, дѣйствуютъ еще медленнѣе. Вотъ уже около 40 лѣтъ, какъ

---

[1]) Датскій ордонансъ 24 апрѣля 1839 г.

проэктъ новаго кодекса предложенъ шведскимъ палатамъ, и прошло болѣе 50 лѣтъ съ тѣхъ поръ, какъ норвежскій конституціонный законъ предписалъ, чтобы новый гражданскій кодексъ былъ изготовленъ на первомъ или, самое позднее, на второмъ со времени этого постановленія стортингѣ; но эти такъ часто обѣщаемые кодексы все еще ждутъ своего появленія. Если разсчитать, что шведскіе кодексы, обнародованные въ 1734 г., были объявлены въ 1644 и проектированы еще въ 1566 г., то можно предполагать, что и новые, обѣщанные уже пятьдесятъ лѣтъ тому назадъ, кодексы проходятъ теперь лишь первую стадію своего подготовленія.

Въ концѣ концовъ, какъ ни судить объ этомъ нѣсколько устарѣвшемъ законодательствѣ, нельзя не признать особаго интереса, представляемаго имъ для публициста и историка. Чтобы хорошо ознакомиться съ германскими учрежденіями и понять, какіе драгоцѣнные зародыши цивилизаціи они таили въ себѣ, не достаточно изучать ихъ въ той грубой формѣ, какую они получили сейчасъ послѣ нашествія варваровъ; необходимо прослѣдить за медленнымъ и правильнымъ развитіемъ этихъ учрежденій тамъ, гдѣ изъ нихъ безъ всякой ломки и съ помощью однихъ видоизмѣненій составилось постепенно законодательство, достойное великой христіанской націи.

---

*) Послѣ 1866 г. скандинавское законодательство обогатилось еще нѣсколькими новыми реформами. Въ Швеціи мы находимъ законъ 11 декабря 1874 г. [1]), видоизмѣняющій титулъ *о бракѣ* кодекса 1734 г. Не внося существенныхъ измѣненій въ древнее законодательство, настоящій законъ даетъ болѣе простора свободѣ брачныхъ соглашеній. Со времени изданія этого закона жена можетъ сама и во время брака управлять своимъ собственнымъ имуществомъ и, поэтому, можетъ также являться на судъ по дѣламъ, касающимся этого имущества. Датскій законъ 7 мая 1880 г. даетъ замужнимъ женщинамъ способность распоряжаться тѣмъ, что онѣ наживаютъ личнымъ промысломъ, не взирая на составляющую законный порядокъ общность имуществъ супруговъ. Вотъ первая статья этого закона: „Замужняя женщина имѣетъ

---

[1]) Annuaire de la Société de législation comparée, 1875, стр. 566.

одна право распоряжаться прижизненно, не спрашиваясь согласія мужа, или какого бы то ни было опекуна, продуктами своего личнаго промысла, если только этотъ промыселъ не поддерживается, главнымъ образомъ, на средства мужа или общаго между супругами имущества; такъ же свободно распоряжается она всѣми предметами, относительно которыхъ можетъ быть доказано, что они пріобрѣтены для веденія ея промысла. Взысканіе по долгамъ мужа не можетъ падать на это имущество въ теченіе жизни жены, если только она не вступила въ соотвѣтственное обязательство".

А. Е.

ГЛАВА II.

Англія.

I.

Шведскіе и датскіе законы представили намъ вѣрный образъ древнихъ германскихъ учрежденій. Переходя теперь къ англійскому законодательству, мы вступаемъ въ новую фазу европейской цивилизаціи. Германскому праву въ Европѣ наслѣдовало феодальное. Учрежденія Англіи представятъ намъ древнее феодальное право.

Въ самомъ началѣ англійское право, конечно, не было еще феодальнымъ. Оно было поочередно римскимъ—при Цезарѣ, германскимъ—при саксонскомъ завоеваніи, скандинавскимъ — послѣ нашествія датчанъ. Но послѣднее завоеваніе, одновременно и болѣе разрушительное, и болѣе плодотворное, завоеваніе французскихъ норманновъ,—насадило на британской почвѣ феодальныя учрежденія континента, и эти учрежденія пустили здѣсь такіе глубокіе корни, что во всей Европѣ нельзя указать страны, въ которой они получили бы столь богатое развитіе и столь могучую живучесть.

Поэтому мы можемъ, по примѣру самихъ англійскихъ юристовъ, взять эпоху норманскаго завоеванія за точку отправленія нашего

---

[1]) Annuaire de la Société de législation comparée, 1881, стр. 533.

изученія англійскаго права. Со времени этого послѣдняго завоеванія Англія оставалась госпожой самой себя, и ея національное право росло изъ вѣка въ вѣкъ—безъ того, чтобы какія бы то ни было волненія внутри страны, или вліянія извнѣ, могли остановить или нарушить медленный и мирный ходъ ея развитія. Уединенная благодаря своимъ морямъ и, можетъ быть, еще болѣе благодаря исключительному и ревнивому патріотизму своего народа, Великобританія, какъ и Скандинавскій полуостровъ, сумѣла сохранить и отстоять отъ всякаго чужестраннаго вліянія оригинальность своихъ древнихъ законовъ. Римское право, постоянно отталкиваемое, никогда не проникало сюда иначе, какъ по случайности; римское духовенство, всегда обуздываемое парламентами или королями, не упрочивало своей власти и, разъ побѣжденное, не могло оправиться послѣ пораженія [1]). Англійское законодательство не дало проникнуть себя, какъ это случилось съ законодательствами континента, римскими и каноническими идеями; оно осталось феодальнымъ подобно тому, какъ скандинавское право осталось германскимъ.

Но съ этой привязанностью къ прошлому англичане умѣли соединять лучше, чѣмъ скандинавскіе народы, духъ реформы и предпріимчивости. Отдѣленные отъ всѣхъ народовъ моремъ, но соединенные со всѣми народами торговлей, они умѣли усвоивать себѣ чужеземныя идеи, не давая имъ господствовать надъ собою, и отъ этого развитіе ихъ права, совершаясь медленнѣе

---

[1]) При первой же попыткѣ, сдѣланной епископомъ Vacarius ввести въ Англіи преподаваніе римскаго права (1138 г.), я нахожу прокламацію короля Стефана, которая „запрещаетъ изученіе законовъ, ввезенныхъ изъ Италіи" (Selden, *in Fletam*, VII, 6). Спустя столѣтіе, Мертонскій парламентъ отвергаетъ нѣкоторыя нововведенія, предлагаемыя духовенствомъ, при слѣдующемъ заявленіи: "Omnes comites et barones una voce responderunt, quod nolunt leges Angliae mutare, quae hucusque usitatae sunt et approbatae (St. Morton, 90, Генр. III, c. 9). Еще черезъ столѣтіе Вестминстерскій парламентъ дѣлаетъ заявленіе, которое Блекстонъ квалифицируетъ, какъ пророческое: „Англійское королевство ни прежде не управлялось, ни послѣ не будетъ управляться гражданскимъ закономъ... ne sera rulé ne governé par la ley civil" (St Vestmonast, п, Рич. II). Наконецъ, въ XVI в. Генрихъ VIII предписываетъ Кэмбриджскому университету „ut nulla legatur palam publice lectio, in jure canonico sive pontificio, nec aliquis gradum aliquem suscipiat" Stat. Acad. Cant. 137 (цитир. Блекстономъ, bk. I, pt. 3).

и правильнѣе, было тѣмъ болѣе плодотворно. Если бы мы захотѣли найти другой примѣръ законодательства, въ одно и то же время такъ консервативнаго и такъ прогрессивнаго, такъ единаго въ своей совокупности и такъ разнообразнаго и богатаго въ своихъ подробностяхъ,—намъ пришлось бы искать его не среди новыхъ народовъ, а подняться до самаго древняго Рима. Тѣ качества ума и характера, которыя сдѣлали изъ римлянъ народъ юристовъ по преимуществу, ожили почти въ той же высокой степени и у англійскаго народа. У обоихъ—одна и та же страсть къ праву, соединенная съ любовью къ отечеству, одинъ и тотъ же духъ эгоизма и практическаго смысла, жадный къ пріобрѣтенію и власти, одно и то же уваженіе къ законности, доходящее до суевѣрнаго почитанія формы и буквы, тѣ же тонкіе ухищренія и извороты, имѣющіе цѣлью приспособленіе устарѣлыхъ текстовъ къ новымъ потребностямъ и расширеніе древнихъ формулъ, сохраняемыхъ въ неприкосновенности. Англійское право въ послѣдовательной серіи своихъ измѣненій и успѣховъ слѣдовало, какъ будто, шагъ за шагомъ по тому же пути, которымъ шло римское право. Это—интересное сближеніе и весьма пригодное для доказательства того, что ходъ человѣческихъ обществъ не предоставленъ капризу судьбы или человѣка, и что существуютъ общіе и постоянные законы, которымъ подчиненъ какъ прогрессъ, такъ и упадокъ этихъ обществъ. Могли-ли когда-нибудь римляне, достигнувъ вершины цивилизаціи и могущества, подумать, что у этихъ варваровъ-островитянъ, „изгнанныхъ далеко отъ всего остального міра“—*penitus toto divisos orbe*—родится однажды и и возрастетъ право, подобное ихъ собственному? И сами англичане, когда они противились всѣми силами приливу римскихъ идей [1]), думали ли они, что національный инстинктъ поведетъ ихъ тѣми же путями, которые были раньше нихъ пробиты римлянами? Послѣдуемъ нѣсколько минутъ за ихъ поступательнымъ движеніемъ, и, чтобы лучше понять англійское право въ томъ, что касается спеціальнаго предмета нашего изслѣдованія, составимъ себѣ сначала цѣльное представленіе объ его историческомъ развитіи и общемъ характерѣ.

Въ Англіи, какъ и въ Римѣ, суровѣйшій и тираннически

---

[1]) См. Fortescue, *de laudibus legum Angliae*, Londoni, 1875, стр. 28 и слѣд.

гражданскій законъ подготовилъ почву, на которой должны были выросги и процвѣсти впослѣдствіи всѣ вольности. Цѣпь юридическихъ формулъ, на которой римскій патриціатъ держалъ нѣкогда связаннымъ и плѣненнымъ римскій плебсъ, не была скована лучше и тѣснѣе, чѣмъ та цѣпь, которую и норманское дворянство, въ свою очередь, сумѣло надѣть на англо-саксонскихъ плебеевъ. Все въ древнемъ англійскомъ судопроизводствѣ было скомбинировано, кажется, такъ, чтобы обезпечить гнетъ слабаго и торжество кляузы. Никто не могъ выступить на судѣ безъ такъ наз. *writ*, представлявшаго собою родъ легальной формулы (*legis actio*), спеціально приспособленной къ данному дѣлу. Кто составлялъ и выдавалъ эти *writs*?—Коллегія клерковъ, и клерковъ норманскихъ, которые были, говоря языкомъ того времени, дважды мастерами въ кляузѣ: и по профессіи, и по рожденію [1]). Бѣда ничего не понимающему тяжущемуся, если клерки не находили въ своемъ формулярѣ спеціальнаго *writ*, необходимаго для даннаго дѣла, или выдавали ему по недоразумѣнію одинъ *writ* за другой, или ошибались при его перепискѣ въ одномъ словѣ, слогѣ и даже буквѣ! [2]) Несчастье тяжущемуся, если въ теченіе *plaids*, т.-е. ряда предложеній, репликъ и дупликъ — *rétorsions*, *surrétorsions*, — которыми онъ обмѣнивался на судѣ со своими противниками, у него вырывалось слово или даже полуслово, не вполнѣ соотвѣтствующее или его *writ*, или освященному практикой ритуалу! Во всѣхъ этихъ случаяхъ, онъ проигрывалъ свое дѣло: „*qui cadit a syllaba, cadit a tota causa*". Не читая Гая, норманскіе юристы находятъ девизъ формализма, и для того, чтобы ошибки въ формулахъ были неизбѣжнѣе для неопытныхъ тяжущихся, все судопроизводство ведется на иностранныхъ языкахъ: *writs* пишутся по-латыни, состязаніе предписано по-фран-

---

[1]) Wilh. Malmesbury, *de gest. reb. angl.*, I. V (Saville, *Rer. angl. scriptores*, Francof., 1601).

[2]) „The assise could not proceed, говоритъ Reeves (*Hist. of the englisch law*, т. I, стр. 333; ср. стр. 461, и т. III, стр. 471), if there was an error in the name, or in the cognomen..., even if the error was in a syllable, as *Henry de Brocheton* for *Henry de Bracton*; — nay, even in a letter, as *de Bracthon* for *de Bracton*;—again, in a name of dignity, as *Henry de Bracton praecentor*, when he was *decanus*;... so, of a thing, as *vineam* for *ecclesiam*, etc..."

цузски—оба эти языка одинаково незнакомы народу. Не удивительно, что въ этихъ условіяхъ право стало непроницаемой тайной для профана, святилище правосудія—мрачнымъ подземельемъ, гдѣ справедливость спотыкалась на каждомъ шагу о ловушки, поставленныя ей формализмомъ. Такъ говорятъ сами англійскіе писатели [1]), и не иначе говорилъ Цицеронъ, когда онъ писалъ сатиру на древнюю римскую юриспруденцію.

Тотъ же изворотливый формализмъ господствовалъ и въ гражданскихъ сдѣлкахъ, такъ что, не будучи ученымъ клеркомъ, или могущественнымъ барономъ, было одинаково трудно какъ заключить мирную сдѣлку, такъ и вести дѣло на судѣ. Не данное слово связывало стороны, и не оно составляло договоръ, а такъ наз *deed*—актъ на пергаментѣ, снабженный сеньоральной печатью и загроможденный сложными и тончайшими формулами, которыя излагались при томъ на французскомъ или латинскомъ языкѣ для того, чтобы ихъ еще меньше можно было проникнуть. Но все это было ничто въ сравненіи съ трудностями, на которыя нападалъ тотъ, кто хотѣлъ продать или купить: такъ какъ всѣ части англійской территоріи были, такъ сказать, заплетены въ сѣть феодальныхъ службъ, то никто не могъ сдѣлать пріобрѣтенія, не пройдя черезъ формальности присяги на вѣрность, формальности инвеституры, такъ наз. *attornances*, и никто не отчуждалъ ни клочка земли, не заручившись на то согласіемъ своихъ вассаловъ, своихъ наслѣдниковъ, своего ближайшаго сеньора, потомъ—сеньора-сюзерена и, наконецъ—короля, общаго сюзерена всѣхъ земель королевства [2]).

Казалось бы, что, послѣ продолжительнаго и мучительнаго испытанія такихъ угнетающихъ учрежденій, народъ, овладѣвъ однажды политической свободой, долженъ былъ поспѣшить уничтоженіемъ этихъ учрежденій въ самомъ основаніи. Но не таковъ характеръ англійскаго народа: онъ исправляетъ и дополняетъ свой

---

[1]) „By transacting all law proceedings in the norman language, (the clerks) monopolized the keys of the lock of justice". J. Parkes, *History of the court of Chancery*, гл. II, стр. 20.—„The law, which, by this time, was become a very sublime mystery, very intricate and involved". Brady, *Preface to the Norman history*, т. I. стр. 154.

[2]) Blackstone et Stephen, bk II, pt. I, ch. 15. Со времени Генриха III начали уже отступать отъ этой строгости.

древній законъ, но остерегается разрушить его. Этотъ жесткій законъ, навязанный сначала тиранами, сдѣлался потомъ предметомъ такого уваженія и даже любви, какими не пользовались иногда самые мягкіе и наиболѣе свободно принимаемые законы. Феодальный порядокъ, установленный норманскимъ завоеваніемъ, сдѣлался какъ бы закономъ XII таблицъ Англіи: на этомъ прочномъ фундаментѣ поднялось медленно и черезъ рядъ послѣдовательныхъ террассъ зданіе британскаго законодательства, и хотя каждый вѣкъ приносилъ, такъ сказать, свои камни на этотъ обширный памятникъ, онъ сохранялъ въ своемъ цѣломъ величественное единство. Несмотря на множество измѣненій и успѣховъ, англійское право удержало до нашихъ дней отличавшую его съ самаго начала существенную черту: формализмъ. Въ Англіи, какъ и въ Римѣ, политическій строй сталъ либеральнымъ, но гражданскій законъ остался формальнымъ; какъ тамъ, такъ и здѣсь, этотъ непреклонный формализмъ, служившій сначала сильнѣйшимъ орудіемъ гнета, обратился впослѣдствіи въ твердую опору независимости: крѣпость, укрывавшая тираннію, перешла во власть народа, который сдѣлалъ изъ нея неприступную ограду для своихъ вольностей.

Какъ скромны и робки, поэтому, первыя попытки реформы, сдѣланныя юристами и парламентомъ! Никто не смѣетъ посягнуть на основной принципъ формализма: необходимость спеціальнаго *writ* для каждаго иска, спеціальнаго закона — для каждаго *writ*. Чтобы расширить этотъ тѣсный кругъ, прибѣгаютъ, прежде всего, къ фикціямъ: по взаимному согласію и съ вѣдома суда стороны ставятъ себя вымышленно въ условія, предполагаемыя *writ*, когда въ действительности этихъ условій вовсе не существуетъ. Вскорѣ добрая совѣсть дѣлаетъ еще шагъ впередъ: знаменитый Вестминстерскій статутъ предоставляетъ клеркамъ канцлерскаго суда писать новыя формулы на случаи, представляющіе точную аналогію со спеціальными составами фактовъ, предусмотрѣнными старыми формулами [1]). Отсюда—сначала *writ in consimili casu*, прямо переписанные со старыхъ writs и ничѣмъ отъ нихъ не отличные, кромѣ прибавленія или сокращенія нѣсколькихъ словъ или сло-

---

[1]) „Quod in uno casu reperitur *breve* (*writ*), et in consimili casu, simili indigente remetto, non reperitur"... Второй Вестминстерскій статутъ, с. 24.

говъ [1]); потомъ, по мѣрѣ того, какъ юриспруденція дѣлалась смѣлѣе, появились и writs *on the case*, разбивавшіе рамки легальныхъ формулъ и замѣнявшіе освященныя слова изложеніемъ фактовъ даннаго дѣла [2]). Такимъ образомъ, совершенно подобно римскому процессу, мы видимъ здѣсь, внѣ слишкомъ узкаго круга цивильныхъ исковъ, возникновеніе и послѣдовательное развитіе иска фиктивнаго, *actio utile* и *actio in factum* [3]).

Наконецъ, еще одно и уже болѣе смѣлое нововведеніе закончило эту первую серію реформъ, указавъ юриспруденціи новые пути развитія: отъ права выдавать writs, или отказывать въ нихъ на новые случаи и открывать или закрывать этимъ способомъ передъ тяжущимися двери правосудія, нужно было сдѣлать только одинъ шагъ, чтобы прійти къ праву разсматривать и рѣшать эти новые случаи. Этотъ послѣдній шагъ и былъ сдѣланъ канцлеромъ, поддержаннымъ и даже побужденнымъ къ тому королевской властью. Въ тѣхъ случаяхъ, когда за тяжущагося ратовала справедливость, а законъ стоялъ противъ него, канцлеръ—вмѣсто того, чтобы отсылать такого тяжущагося, снабженнаго соотвѣтственнымъ *writ*, къ судьѣ, который былъ рабомъ текста,—оставлялъ дѣло у себя и самъ разрѣшалъ его отъ имени короля и на основаніи справедливости. Эти случаи, сначала исключительные и очень рѣдкіе, постепенно учащались, и, въ концѣ коновъ, изъ

---

[1]) Напр., единственное число вмѣсто множественнаго и, наоборотъ. Reeves, т. II, стр. 202 и слѣд. (2-ое изд.).

[2]) „Желать примѣненія одного общаго *writ* ко всѣмъ случаямъ, это—то же, что желать соотвѣтствія всѣхъ ногъ одному и тому же башмаку или всѣхъ рукъ—одной и той же перчаткѣ“, говорилъ по этому поводу одинъ старый авторъ (Lambard *Archeionomia*, стр. 78, изд. 1635 г: „to make all shoes by one last orto cut one glove forall hands“). Writ *on the case* имѣлъ въ виду не отдѣльный случай, а цѣлый рядъ случаевъ и былъ выкроенъ какъ бы по мѣркѣ.

[3]) Въ видѣ примѣра, можно указать на послѣдовательныя формы иска объ убыткахъ (*act. of trespass*): 1) цивильный искъ *of trespass* предполагаетъ ущербъ, произведенный *vi et armis*; 2) искъ *фиктивный*, не измѣняя нечего въ формѣ writ, дѣлаетъ только *предположеніе* о вооруженномъ насиліи, хотя въ дѣйствительности происходитъ простое причиненіе убытковъ; 3) искъ *in consimili casu* (*actio utilis*) дается тоже при простомъ причиненіи убытковъ, лишь бы они были *матеріальные*; 4) искъ *on the case* (*actio in factum*) дается при всѣхъ видахъ убытковъ, какъ матеріальныхъ, такъ и нравственныхъ.

суда канцлера, на ряду со старыми судами королевства, выработалась новая юрисдикція, юрисдикція справедливости (*equity*).

Между этими двумя соперничавшими юрисдикціями все было различно, такъ какъ онѣ опредѣлялись противоположными тенденціями. Принадлежа къ духовенству и будучи органомъ короля, канцлеръ въ томъ и другомъ качествѣ былъ ревностнымъ проводникомъ римскихъ и каноническихъ законовъ. Старые суды, въ которыхъ засѣдало независимое и гордое дворянство, защищали древній феодальный законъ какъ противъ антерепризъ королевской власти, такъ и противъ духа новаторства. Этому дуализму юриспруденціи—опять такъ же, какъ въ древнемъ римскомъ правѣ,—соотвѣтствовалъ рѣзкій дуализмъ и во всѣхъ гражданскихъ учрежденіяхъ. Всякое учрежденіе какъ бы раздвояется и облекается въ двѣ различныя и даже противоположныя формы: одна соотвѣтствуетъ *закону*, другая *справедливости*. Рядомъ съ законнымъ владѣніемъ, обремененнымъ всѣми феодальными службами, существуетъ владѣніе по справедливости, свободное отъ феодальныхъ узъ, отчуждаемое и передаваемое въ силу простого соглашенія. [1]) Рядомъ съ древней опекой, разоряющей подопекаемаго для того, чтобы обогатить сеньора, дѣйствуетъ опека по справедливости, имѣющая въ виду только интересы подопекаемаго. Рядомъ съ супружескими отношеніями по строгому праву, гдѣ личность жены поглощена мужемъ, мы видимъ и отношенія супруговъ по справедливости, гдѣ жена сохраняетъ свою отдѣльную личность и можетъ какъ договариваться съ мужемъ, такъ и выступать на судѣ противъ него. Наконецъ, рядомъ съ легальнымъ судопроизводствомъ, въ которомъ царитъ строжайшій формализмъ, функціонируетъ и иное судопроизводство, гдѣ господствуетъ справедливость, и куда не находятъ доступа никакія формулы. [2])

---

[1]) Блекстонъ и Стефенъ (т. IV, стр. 36) объясняютъ намъ, какъ суды справедливости пришли къ тому, что допустили переходы собственности по простому соглашенію: „for a fiction is established in equity, that what ought to be done, shall be considered as being actually done, and shall relate back to the time when it ought to have been done originally“.—Нужно признать, что въ этомъ случаѣ клерки канцлерскаго суда въ Англіи превзошли смѣлостью своей логики самихъ римскихъ юристовъ.

[2]) Я могъ бы умножить эти противоположенія, имѣющія всѣ свои аналогіи въ римскомъ правѣ. *Common law* не признаетъ перехода правъ требованія по обязательствамъ и не разрѣшаетъ цессіонарію выступать иначе,

Какъ ни страненъ, можетъ быть, этотъ дуализмъ, онъ не составляетъ особенности англійскаго законодательства: мы видимъ его также въ римскомъ правѣ, и, безъ сомнѣнія, онъ свойственен всякому законодательству, одновременно формалистическому и прогрессивному. Въ Вестминстерѣ, какъ и на форумѣ, строгое право и право справедливости стоятъ другъ противъ друга и борятся между собою. Но тогда какъ въ Римѣ одинъ и тотъ же магистратъ завѣдуетъ *jus civile* и *jus gentium*, имѣя возможность ввести каждое изъ нихъ въ его границы и примирить всѣ возникающія между ними столкновенія, въ Англіи, напротивъ, *common law* и *equity* отправляются различными и независимыми другъ отъ друга магистратурами. Поэтому борьба завязывается здѣсь не только между двумя противоположными принципами, но и между двумя соперничествующими властями; поэтому же она ожесточеннѣе и потрясаетъ одно время все равновѣсіе государственныхъ властей [1]).

Какъ же Англія справляется съ этимъ антагонизмомъ? Устраняетъ ли она тотъ или другой изъ враждущихъ между собою принциповъ? Такой способъ дѣйствія не соотвѣтствовалъ бы привычкамъ англійскаго народа, который даетъ возможность развиться рядомъ съ *common law* и праву справедливости, и оба эти права, поставленныя въ необходимость соприкосновенія, кончаютъ тѣмъ, что присоединяются другъ къ другу и дѣлаются двумя нераздѣльными частями одного и того же цѣлаго. Право справедливости принимаетъ постепенно формы *common law*; со времени религіозной реформы XVII в. печати канцлера отбираются у духовенства и передаются въ руки свѣтскихъ лицъ [2]), а

какъ въ качествѣ лица, имѣющаго порученіе, мандатъ, отъ цедента; онъ не позволяетъ оспаривать договора ни на основаніи обмана, ни на основаніи принужденія; онъ принуждаетъ отвѣтчика не къ реальному исполненію, а лишь къ *aestimatio litis*; онъ видитъ въ залогѣ не собственность должника, а собственность кредитора. Напротивъ, канцлерскій судъ допускаетъ прямой переходъ правъ требованія, уничтожаетъ договоры въ случаяхъ обмана, принужденія и заблужденія, принуждаетъ должника къ реальному исполненію и сохраняетъ за залогодателемъ собственность на заложенную вещь.—Blackstone et Stephen, bk. II, pt. I, ch. 16; pt. II, ch. 4; bk. V, ch. 14; Reeves, т. III, стр. 384 и слѣд.

[1]) J. Parkes, *History of the court of Chancery*, Лондонъ, 1828, гл. IV и слѣд.

[2]) Съ 1592 г. не было уже другихъ канцлеровъ, кромѣ свѣтскихъ.

эти послѣднія, воодушевленныя національнымъ духомъ, сообщаютъ юриспруденціи *equity* если не узкій формализмъ, то строгую точность, отличающую древнюю юриспруденцію, и доставляютъ торжество принципу, выражаемому обыкновенно въ слѣдующихъ словахъ: „справедливость должна слѣдовать за закономъ“ [1]). Въ то же время и *common law* дѣлается мало-по-малу справедливѣе, благодаря вносимымъ въ него каждый годъ исправленіямъ парламентскими статутами. Это *статутное право*, о которомъ мы еще не говорили, представляетъ собою третій основной элементъ въ совокупности англійскаго законодательства. Оно занимаетъ въ немъ приблизительно то же мѣсто, что и эдикты цезарей въ цѣломъ составѣ римскаго права. Поставленное какъ бы посредникомъ между *common law* и *equity* и умѣряя одно другимъ, оно поддерживаетъ равновѣсіе и гармонію во всей системѣ англійскаго законодательства. Краткое указаніе на важнѣйшія реформы, имъ введенныя, дополнитъ сейчасъ общій очеркъ первоначальнаго развитія англійскаго права.

Статутное право шло всегда однимъ шагомъ съ *common law* и судебной практикой: его движеніе, сначала медленное и робкое, дѣлалось съ каждымъ столѣтіемъ быстрѣе и увѣреннѣе. Для нанесенія перваго удара древнему судебному формализму нужна была твердая рука Эдуарда III. Онъ началъ съ предписанія, что легкая неточность во *writ*, какъ напр. ошибки въ орѳографіи, въ буквѣ или въ слогѣ, не вліяетъ на исходъ процессуальнаго спора; этотъ послѣдній не долженъ былъ проигрываться болѣе отъ подобной ошибки, если только она дѣлалась редакторомъ *writ* а не самой тяжущейся стороной. [2]) Въ другомъ статутѣ, соображая, что пренія ведутся и рѣшеніе постановляется на иностранномъ и непонятномъ для народа языкѣ, такъ что стороны не могутъ понять того, что говорятъ судьи и адвокаты“, онъ разрѣшаетъ введеніе словеснаго состязанія на англійскомъ языкѣ и удерживаетъ латынь лишь для письменныхъ актовъ, т.-е. *writs* и

---

[1]) „*Aequitas sequitur legem*, equity follow the law“. Blackstone, bk. II, pt. I, ch. 9.

[2]) Reeves, т. II, стр. 448: „It was enacted by stat. 14, Edw. III, that by the misprision of a clerck,... by mistaking, in writing, one syllable, or one etter, too much or too little, no process schould be annuled“.

еще такъ наз. *records* [1]). Наконецъ, знаменитый статутъ *de mercatoribus*, разрѣшающій кредиторамъ купца налагать руки на феодальныя земли, которыхъ должникъ является держателемъ и продавать ихъ [2]), открываетъ собою рядъ тѣхъ многочисленныхъ преобразованій, которыя вызываются геніемъ торговли и разрываютъ одну за другой всѣ феодальныя связи, порабощающія собственность, распространяя въ то же время на всѣ гражданскія сдѣлки свободу, движеніе и жизнь.

Въ этихъ немногихъ статутахъ резюмируются всѣ успѣхи гражданскаго законодательства въ средніе вѣка. Когда же впослѣдствіи суды справедливости такъ окрѣпли въ своей юрисдикціи и стали на столько смѣлы, что не колебались переступать границы древняго закона, тогда и парламенты послѣдовали за ними, хотя и на нѣкоторомъ разстояніи, по этому новому пути. Если какая-нибудь новая мѣра, испытанная продолжительнымъ опытомъ канцлерскаго суда, проникала мало-по-малу въ нравы и завоевывала себѣ мѣсто въ обычномъ правѣ страны, то парламентъ открывалъ ей арену закона, превращая ее въ статутъ. Вотъ какимъ образомъ большинство указанныхъ выше институтовъ, принадлежавшихъ суду справедливости, преобразовалось постепенно въ институты легальные. [3]) При Генрихѣ VIII земельное владѣніе по справедливости было возведено въ земельное владѣніе по закону въ полную и цѣлостную собственность [4]). При Георгѣ II зачетъ, установленный практикой суда справедливости, сталъ способомъ прекращенія обязательствъ. При Георгѣ IV за вдовой была признана материнская власть. При Вильгельмѣ IV замужняя женщина

---

[1]) St. 36, Edw. III, c. 15. Старый французскій языкъ остался, тѣмъ не менѣе, легальнымъ языкомъ: „Omnia vocabula, quae *vocabula artis* dicuntur, quibusque hodie in foro Angli utuntur, gallica sunt". Craig, *Jus feod.*, Edimb., 1732, I, д. 7.

[2]) Этотъ статутъ обязанъ своимъ происхожденіемъ Эдуарду I (st. 13, Edw. I, c. 18).

[3]) Иногда, но гораздо рѣже, сигналъ въ реформѣ подавался статутомъ, и суды справедливости только примѣняли и распространяли ее. Такъ, статутъ Карла II (St. 12, Car. II, c. 24), уничтожившій сеньоральную опеку и установившій опеку по завѣщанію, далъ впослѣдствіи суду канцлера поводъ ввести опеку по справедливости.

[4]) Различныя ограниченія и условія, конечно, остались. St. 27, Henr. VIII, c. 10.

получила ту особую отъ своего мужа личность, которую суды справедливости всегда допускали въ ней, и стала способна къ юридической дѣятельности по простому разрѣшенію своего мужа. Наконецъ, различными статутами Вильгельма IV и королевы Викторіи *writs* и прежнія фикціи были отмѣнены, ходъ состязанія облегченъ, обыкновенный процессъ въ значительной своей части сведенъ къ простымъ и легкимъ формамъ производства судовъ справедливости [1]).

Такимъ образомъ, отъ царствованія къ царствованію законодательныя реформы дѣлаются все шире и все глубже. Теперь уже не ограничиваются возстановленіемъ и исправленіемъ подробностей стараго зданія, а хотятъ строить цѣлое, и по новому плану. Это большое дѣло уже начато: въ 1852 и 1860 гг. парламентъ реорганизовалъ все гражданское судопроизводство; въ 1861 г. онъ кодифицировалъ въ 6 статутахъ все уголовное законодательство; въ настоящее время возбужденъ вопросъ о кодексѣ или дигестахъ и гражданскихъ законовъ [2]). Англійское право дѣлается современнымъ и снимаетъ, съ себя старомодное платье, вызывавшее удивленіе иностранцевъ. Еще не много лѣтъ тому назадъ путешественникъ, переѣхавшій проливъ, могъ присутствовать въ древнихъ залахъ Вестминстера или въ какомъ-нибудь феодальномъ помѣстьи, на любопытномъ зрѣлищѣ средневѣковаго судопроизводства: обвиняемаго, какъ и во времена саксонской гептархіи, сопровождали одиннадцать его *соприсяжниковъ*, принимавшихъ вмѣстѣ съ нимъ очистительную присягу [3]); зависимый владѣлецъ, какъ и въ XI в.,

---

[1]) St. 8, Geo. II, c. 24; st. 4. Geo. IV, c. 76 (Marriage act.); st. 3, 4, Will. IV, c. 74; st. 3, 4, Will. IV, c. 42, s. 13; st. 15, 16 Vict., c. 76; st. 23, 24, Vict., c. 126.—*См. Judicature acts 1873 и 1875 гг. (Annuaires de la société de législation comparée, années 1874, 1876).

[2]) St. 23, 24, Vict., c. 126 (Common law procedure act); st 24, 25, Vict. Criminal law consolidation and amendment acts). Королевское посланіе, при начертаніи парламенту программы его занятій, объявляло „bills for the concentration of the courts of law and equity, and for the complete revision of the statute law“, и выражало надежду на то, что эти реформы „may by a step towards the formation of a digest of the laws“. См. Times 8 и 9 февр. 1865 г.—Въ то время, какъ я пишу эти строки, королевой назначена коммиссія „to inquire into the expediency of the digest of law, and the best means of accomplishing that digest“. См. *Sollicitor's Journal*, 1 дек. 1866 г.

[3]) Послѣдній примѣръ относится къ 1824 г.

принималъ на колѣнахъ, вмѣстѣ съ сеньоральной палочкой, и инвеституру на свою землю [1]). Въ началѣ нынѣшняго столѣтія Англія, какъ тогда выражались, представляла собою еще „Геркуланумъ феодализма". Теперь Англія, какъ и Скандинавскій полуостровъ, вступаетъ на полныхъ парусахъ въ теченіе новыхъ идей, и единственное изъ всѣхъ ея оригинальныхъ учрежденій прежняго времени, которому она навѣрное не дастъ погибнуть, это—то, которое Блекстонъ такъ хорошо называетъ „бульваромъ готическихъ свободъ"; это—ея судъ присяжныхъ.

II.

Начала, регулирующія положеніе женщины въ Англіи, нужно искать прежде всего въ феодальномъ строѣ, составляющемъ основаніе всѣхъ англійскихъ учрежденій. Феодализмъ, по своей природѣ, были военнымъ строемъ, и этотъ характеръ его никогда не выражался такъ ярко, какъ въ феодальномъ устройствѣ, заведенномъ въ Англіи норманскими королями. Норманское дворянство, мало увѣренное еще въ своемъ завоеваніи, расположилось на англосаксонскомъ островѣ лагеремъ, какъ войско въ непріятельской странѣ. Вильгельмъ Завоеватель, собравъ въ одинъ день на равнинахъ Сарума всѣхъ собственниковъ и владѣльцевъ своего королевства, взялъ съ нихъ присягу въ вѣрности и обѣщаніе „быть всегда готовыми биться за него пѣшими и на конѣ по соображенію съ ихъ собственностью и владѣніемъ" [2]). Съ этого дня всѣ свободныя земля англійской территоріи были превращены въ военные лены; одни военные люди получили владѣніе землей, съ которымъ соединились всѣ почести и всѣ права.

При такомъ строѣ, какъ и при дѣйствіи варварскихъ обычаевъ древней Германіи, собственность и право могли существовать только для тѣхъ, кто владѣлъ оружіемъ, и женщина была осу-

---

[1]) Лишь въ 1853 г. была назначена коммиссія, передъ которой *copyholder* могъ искать своего *enfranchisment*.

[2]) „Omnes comites, et barones, et milites, et servientes, et universi liberi homines totius regni nostri praedicti, habeant et teneant se semper bene in armis et in equis, ut decet et oportet;.. secundum quod nobis debent de feodis et tenementis suis de jure facere". Eadmer, *Historiae novorum*, Лондонъ, 1623, стр. 191.

ждена на постоянную неспособность. Феодальный законъ въ своей первоначальной строгости лишалъ ее всякаго участія въ наслѣдованіи [1]). Правда, впослѣдствіи она была допущена къ наслѣдованію при отсутствіи наслѣдниковъ мужского пола [2]); но если къ ней могло переходить тогда обладаніе леномъ, она всетаки оставалась неспособной какъ къ исполненію лежащихъ на немъ службъ, такъ и къ извлеченію соединенныхъ съ нимъ выгодъ. Ей нуженъ былъ представитель, опекунъ или мужъ, который держалъ бы ленъ для нея и отправлялъ за нее же военную службу, и такъ какъ сеньоръ имѣлъ право выбирать своихъ рыцарей и воиновъ, то онъ же располагалъ, по усмотрѣнію, и рукой своего вассала — женщины. Она не могла—все равно, въ качествѣ дѣвушки или вдовы, — ни выйти замужъ по своему выбору, ни отказаться отъ мужа, выбраннаго ей сеньоромъ. Рука женщины, принадлежавшей къ дворянству, была для ея сюзерена настоящимъ товаромъ, который онъ продавалъ съ молотка тому, кто предлагалъ за него высшую цѣну [3]). Понадобилась не болѣе и не менѣе, какъ Великая Хартія—для того, чтобы наложить узду на подобныя злоупотребленія и, по крайней мѣрѣ, дозволить дѣвушкѣ отказаться отъ недостойнаго ея мужа, а вдовѣ — остаться въ ея вдовствѣ [4]).

Но феодализмъ утратилъ, въ концѣ концовъ, свой военный характеръ, рыцарскія учрежденія стали мало-по-малу исчезать, и соціальная революція, совершившаяся при Стюартахъ, разсѣяла ихъ послѣдніе остатки. Съ этихъ поръ феодальныя обязанности состояли уже не въ личной службѣ; права сеньора шли уже не на личность вассала, а только на его землю. Женщина оказалась тогда естественно освобожденной отъ сеньоральной опеки; она не имѣла болѣе другихъ господъ, кромѣ

[1]) Consuet. feod., II, 11. Ср. ниже, кн. IV, гл. I, § 2.

[2]) Glanville VII, 1: „Mulier nunquam *cum masculo* partem capit in hereditate aliqua“.

[3]) „The disposal of the heir in marriage, говоритъ Reeves (т I, стр. 288), might be sold to the best purchaser, like the fruits and profits of the lands“.— Glanville, VII, 11, 12.

[4]) Magna Charta, c. 3: „Ita maritentur ne disparagentur, et per consilium propinquorum de consanguinitate sua“.—Права сеньоровъ были еще болѣе ограничены Мертонскимъ и Вестминстерскимъ статутами. Britton, III, 3 (ed. Nichols, Oxford, 1865, т. II, стр. 24).

своего отца или мужа, и ея постоянная неспособность обратилась во временную, начинавшуюся и кончавшуюся состояніемъ брака. Однако, въ этихъ ограниченныхъ предѣлахъ, неспособность женщины сохраняетъ и удерживаетъ за собою даже до нашего времени сильную и глубокую печать феодальнаго закона. Если свободная женщина пользуется въ Англіи той же правоспособностью, что и мужчина, то еще и въ наши дни ограниченія правоспособности замужней женщины напоминаютъ по своей строгости жесткость феодальныхъ и германскихъ законовъ. Раскроемъ характерныя черты этой неспособности, какъ по *common law*, такъ и по по праву справедливости и статутамъ.

1). Въ англійскомъ бракѣ, какъ и подъ римской *manus*, женщина теряетъ всякую гражданскую личность. *Common law*, какъ и древнее *jus quiritium*, видитъ въ супругахъ не двухъ, а одно лицо, и это одно лицо есть мужъ [1]). Отсюда слѣдуетъ, что мужъ не можетъ ни продать ничего своей женѣ, ни купить у нея что бы то ни было, ни обязаться передъ нею, ни обязать ее передъ собою, ни жаловаться на нее въ судъ, ни подвергнуться жалобѣ съ ея стороны: разъ онъ составляетъ съ женой одно лицо, всѣ эти дѣйствія были бы равносильны тому, если бы онъ продавалъ самому себѣ, обязывался передъ самимъ собою, или жаловался въ судъ на самого себя. Отсюда же слѣдуетъ, что если два лица вступаютъ въ бракъ, то всѣ юридическія отношенія, существовавшія между ними до брака, погашаются за силой сліянія въ одномъ лицѣ правъ и обязанностей по тѣмъ же юридическимъ отношеніямъ (*confusio*) [2]). Дѣйствовать юридически способенъ одинъ мужъ, что́ не означаетъ, однако, того, чтобы онъ могъ дѣлать все. Такъ, ему предоставлено наказывать жену, но подъ

---

[1]) Bracton, lib V, tract. 5, cap. 25: „Vir et uxor sunt quasi unica persona, quasi caro una et sanguis unus".—Littleton, liv. II, sect. 168: Sa feme et luy ne sont fors que un person en ley". Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*, стр. 276.

[2]) Какъ и въ римскомъ правѣ, эта *confusio* примѣняется только къ юридическимъ, а не къ фактическимъ отношеніемъ: „If he who hath the reversion in fee, marries the tenant for years, there is no merger (confusion); for he hath the inheritance in his own right, the lease in the rigth of his wife". Blackstone et Stephen, т. I, стр. 304.

условіемъ, говорятъ юристы, не переступать предѣловъ благоразумія [1]). Онъ овладѣваетъ въ силу брака всѣмъ имуществомъ жены [2]) и распоряжается по своему усмотрѣнію ея движимостями [3]); но недвижимости онъ обязанъ хранить и вернуть: онъ не можетъ ни отчуждать ихъ, ни закладывать, ни устанавливать на нихъ какія бы то ни было постоянныя права, а временныя права, которыя могли бы быть имъ уступлены, какъ напр., пользованіе или аренда, погашаются съ прекращеніемъ брака [4]).

Напротивъ, жена не можетъ никогда совершать никакихъ дѣйствій въ юридическомъ смыслѣ: ни одинъ юридическій актъ, ни важный, ни неважный, ей недоступенъ; законъ считаетъ ее лишенной воли и неспособной желать чего бы то ни было, кромѣ того, что желаетъ ея мужъ. Отсюда вытекаетъ, прежде всего, то, что акты, на которые соглашаются оба супруга вмѣстѣ, не могутъ имѣть ни больше, ни меньше силы, чѣмъ тѣ, на которые соглашается одинъ мужъ, и что присутствіе или отсутствіе жены даже въ прямо затрогивающихъ ее дѣлахъ совершенно безразлично [5]); такъ напр., отчужденіе или аренда недвижимости жены подлежатъ не меньшему уничтоженію какъ при согласіи ея на эти акты, такъ и безъ ея согласія. Болѣе страннымъ послѣдствіемъ того же принципа отрицанія за замужней женщиной воли является то, что, если она совершаетъ въ присутствіи мужа преступленіе (деликтъ), то это преступленіе считается не ея дѣйствіемъ, а дѣйствіемъ ея мужа. Здѣсь именно исключительный характеръ супружеской власти показывается въ полномъ своемъ свѣтѣ. Слуга или сынъ, стоящій подъ отцовской властью, отвѣчаютъ сами за содѣянные ими деликты, тогда какъ жена, дѣйствуя подъ внушеніемъ или только въ присутствіи своего мужа, не отвѣчаетъ ни за что и не терпитъ наказанія: она—пасивное орудіе при совершеніи деликта, котораго единственнымъ виновникомъ считается

---

[1]) „Ex causa regiminis et castigationis uxoris suae, licite et rationabiliter" Moore's Reports, 874.

[2]) „Omnia quae sunt uxoris, sunt ipsius viri". Bracton, II, 15.

[3]) Ср. Blackstone et Stephen, bk. III, ch. 2.

[4]) Bracton, II, 15; Littleton, II, 168.

[5]) Если нѣкоторые древніе акты упоминаютъ о согласіи жены на юридическіе акты мужа (Madox, *Form. angl.* 148), то они имѣютъ въ виду лишь ея отреченіе отъ вдовьей доли.

мужъ. Если жертвой деликта, совершеннаго женой, является самъ мужъ, что случается, напр., тогда, когда жена оставляетъ мужа, слѣдуя за своимъ соблазнителемъ, то мужъ имѣетъ гражданскій искъ только къ этому послѣднему, а не къ женѣ: этотъ искъ — тотъ же, который онъ могъ бы предъявить ко всякому, кто отнялъ бы или повредилъ его имущество [1]). Безразлично и то, какъ совершилось похищеніе жены: соблазномъ или насиліемъ. Мужъ получаетъ всегда *writ de uxore rapta et abducta*, такъ какъ, считая жену неспособной желать чего-либо, законъ допускаетъ возможность похищенія ея только по насилію [2]).

Легко понять, что при такой системѣ не можетъ быть рѣчи о *разрѣшеніи мужа* [3]), играющемъ такую большую роль въ нашемъ правѣ. Англійская замужняя женщина, если она совершаетъ какія-либо юридическія дѣйствія, совершаетъ ихъ не съ разрѣшенія своего мужа, а по его приказу, порученію или, скорѣе, какъ орудіе, которымъ онъ пользуется. Этотъ приказъ, или это порученіе, могутъ быть иногда предположены, и этимъ путемъ судебная практика приходитъ къ утвержденію всѣхъ юридическихъ дѣйствій, предпринимаемыхъ женой въ виду ея ежедневнаго хозяйства; эти дѣйствія предполагаются совершенными мужемъ. Но тамъ, гдѣ нельзя предположить подобнаго приказа или порученія, дѣйствія замужней женщины не имѣютъ абсолютно юридической силы: такъ, напр., она неспособна ни къ какому завѣщательному распоряженію [4]).

---

[1]) Action *of trespass*. Замѣтимъ еще разъ, что этотъ искъ дается въ случаѣ только матеріальнаго, а не нравственнаго ущерба, нанесеннаго мужу (нравственный ущербъ можетъ дать мѣсто лишь иску *on the case*).— Мужу предоставленъ еще тотъ же искъ *of trespass* (на его личное имя) въ случаяхъ, когда жена подвергается ударамъ или пораненіямъ (Blackstone et Stephen, bk. V, ch. 8, n. 4).

[2]) „Abduction, говоритъ Блекстонъ (bk. V, ch. 8), may be either by fraud and persuasion, or open violence; though the law, in both cases, supposes force and constraint, the wife having no power to consent“.

[3]) Мужъ не помогаетъ женщинѣ, а дѣйствуетъ за нее. Reeves, т. II, стр. 331; Blackstone et Stephen, bk. V, ch. 12.

[4]) Glanville, L. VII, c. 5 § 3. Объ ограниченіяхъ этого правила см. у Blackstone et Stephen, т. III, стр. 189. Завѣщаніе, сдѣланное дѣвушкой, отмѣняется фактомъ вступленія ея въ бракъ: англійскій бракъ, какъ и римская *conventio in manum*, есть родъ *capitis minutio*.

2) Изложенные мною принципы царятъ еще въ наше время, но о нихъ можно сказать то же, что говорится объ извѣстныхъ монархахъ: они царствуютъ, но не управляютъ. Примѣненія этихъ принциповъ можно всегда избѣгнуть, благодаря остроумнымъ нововведеніямъ суда справедливости и статутовъ. Здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ отрасляхъ англійскаго законодательства, прибѣгли, прежде всего, къ фикціямъ. Если *common law* запрещалъ отчужденіе имущества жены при согласіи на то обоихъ супруговъ, то это отчужденіе было сдѣлано возможнымъ съ помощью слѣдующей фикціи, обязанной своимъ присхожденіемъ изобрѣтательному уму духовенства. Желавшій купить или арендовать землю, входившую въ составъ приданаго, не заключалъ объ этомъ открытаго договора съ супругами, а жаловался на нихъ въ судъ, утверждая, что онъ самъ собственникъ этой земли, или что она принадлежитъ третьему лицу, уступившему на нее ему, истцу, право аренды. Супруги защищались слабо, противъ нихъ постановлялось рѣшеніе, которое получало законную силу судебнаго рѣшенія, вполнѣ обезпечивавшую права покупщика и арендатора противъ всякаго спора со стороны супруговъ. Нечего говорить, что судъ былъ не жертвой, а участникомъ такого совершавшагося съ общаго согласія обмана. Поэтому судъ и не постановлялъ своего рѣшенія, не принявъ извѣстныхъ предосторожностей въ интересахъ жены: она вызывалась на судъ одна, выслушивалась въ своихъ объясненіяхъ отдѣльно отъ мужа, и судъ старался узнать, какъ она согласилась на отчужденіе своего приданаго вполнѣ ли по своей доброй волѣ или подъ вліяніемъ мужа. Разъ же юриспруденція и практика освятили эту обходную форму отчужденія, оставалось лишь устранить тщетную фикцію, чтобы прійти къ современному принципу признанія за женщиной воли и личности, отличныхъ отъ воли и личности ея мужа. Этотъ результатъ былъ достигнутъ статутами: болѣе ранній изъ нихъ, статутъ Генриха VIII, разрѣшилъ мужу отдавать съ согласія жены ея приданныя земли въ аренду; ближайшій же къ намъ статутъ Вельгельма IV предоставилъ въ равныхъ условіяхъ мужу право продажи и обмѣна того же приданнаго имущества. Изъ стараго судопроизводства по этимъ дѣламъ осталось только то, что судъ долженъ по прежнему посредствомъ допроса жены удостовѣряться

въ томъ, что ея согласіе непринужденно и добровольно [1]). Это— первое и значительное нарушеніе принциповъ *common law*: за женой признана отдѣльная воля и доля вліянія и власти; она можетъ быть полезна и вредна своему мужу, давая свое согласіе и отказывая въ немъ.

Еще глубже задѣты были древніе принципы введеніемъ земельнаго владѣнія по справедливости. Я уже сказалъ нѣсколько словъ объ этомъ оригинальномъ учрежденіи, которое, какъ и фикціи, упомянутыя выше, было изобрѣтеніемъ духовенства. Лишенное статутами о *main morte* (владѣніе мертвой руки) права владѣть землями, духовенство придумало средство владѣть ими на имя третьяго лица. Продажи и даренія недвижимостей совершались открыто не на имя церкви, а на имя какого-либо благочестиваго друга, который обязывался, по всей совѣсти, предоставить постоянное пользованіе переданными ему землями, вмѣсто себя, церкви. Это былъ родъ фидеикоммисса, покрытый канцлеромъ, по примѣру римскаго фидеикоммиссарнаго претора, той защитой, въ которой отказывалъ ему гражданскій законъ. Такой фидеикоммиссъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ, какъ бы, раздвоять собственность, разлагая ее на номинальную и дѣйствительную: обремененный фидеикоммиссомъ, такъ называемый *trustee*, носилъ лишь титулъ собственника и одинъ разсматривался, какъ таковой, судами *common law*, тогда какъ суды справедливости считали собственникомъ одного фидеикоммиссара (*cestuy que trust* или *cestuy que use*). И такъ какъ суды справедливости успѣли расширить свою власть до того, что имъ открылась возможность даже кассировать рѣшенія судовъ *common law*, то само собою понятно, что право *trustee* свелось къ простому титулу и подобію права, *nudum jus quiritium*, между тѣмъ какъ съ правомъ *cestuy que use* соединились всѣ преимущества настоящей собственности. Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ послѣдняя была даже предпочтительнѣе собственности по *common law*, которая сложилась такъ жестко и формалистически, что иначе, какъ съ большимъ трудомъ и цѣною дорого стоющихъ формъ, ее нельзя было ни пріобрѣсти, ни защитить на судѣ, ни обременить повинностями, ни отчудить; напротивъ, собственность по справедливости, или *use*, установленная

---

[1]) St. 3, 4, Will. IV, c. 74.

на принципахъ доброй совѣсти и естественнаго закона, могла вообще [1]) и отчуждаться, и отдаваться въ залогъ, и пріобрѣтаться по простому соглашенію [2]).

Свѣтское населеніе Англіи оставило не долго за духовенствомъ монополію на столь удобное учрежденіе. По мѣрѣ того, какъ эта страна освобождалась отъ узъ феодализма, развивая свою промышленность и торговлю и научаясь цѣнить въ поземельной собственности ея продуктивность и доставляемое ею богатство — болѣе, нежели титулъ и почетъ, обращеніе къ такъ называемымъ *uses* дѣлалось все чаще и чаще. Особенно же женщины, которыхъ древняя феодальная собственность держала въ зависимости отъ сеньоровъ, стали ревностно добиваться этой новой собственности. Дѣло стояло такъ: если женщина, владѣвшая *use*, вступала въ бракъ, то ея *use*, не существуя въ глазахъ гражданскаго закона, не могъ и подпасть подъ его дѣйствіе, передававшее въ руки мужа владѣніе всѣмъ имуществомъ жены; *use* оставался подъ дѣйствіемъ канцлерскаго суда, который, согласно справедливости и разуму, призналъ за замужней женщиной, вмѣстѣ съ отдѣльной личностью, и способность владѣть имуществомъ, какъ собственностью. Поэтому вопросъ, переходило ли пользованіе *use* къ мужу, или оно оставалось за женой, долженъ былъ рѣшаться по справедливости и, слѣдовательно, въ зависимости отъ намѣренія сторонъ. Конечно, если брачный договоръ не давалъ въ этомъ отношеніи указаній, судъ справедливости присуждалъ *use* мужу на основаніи принципа: „*equity follows the law*“; но жена имѣла полную возможность выговорить въ договорѣ пользованіе своимъ *use* для себя. Такъ же и родители, если они, выдавая свою дочь замужъ, хотѣли одарить ее какимъ-нибудь имуществомъ, могли прекрасно удержать за ней это имущество и лишить пользованія имъ ея мужа. Для этого имъ стоило только или поручить это имущество третьему лицу, согласному принять на себя обязанности *trustee*, или сдѣлать такимъ *trustee* самого мужа. Словомъ, стороны могли, какъ и въ римскомъ правѣ, обратить имущество

---

[1]) *Statute of frauds* требуетъ во всякомъ случаѣ письменнаго акта. St. 29, Car. II, c. 3; St. 8, 9, Vict., c. 106, s. 3.

[2]) См. выше, стр. 235, прим. 1.

жены или въ приданое, или въ отдѣльную ея собственность [1]), и даже установить между супругами полную раздѣльность ихъ имуществъ.

Съ этихъ поръ бракъ пересталъ быть для женщины пожертвованіемъ независимостью и личностью: жена имѣла свое имущество и свои интересы, отдѣльные отъ имущества и интересовъ мужа, могла управлять этимъ имуществомъ и даже располагать имъ безъ разрѣшенія мужа, договариваться съ нимъ на равную ногу, одаривать его, быть одариваемой имъ и даже судиться съ нимъ. Ничто не препятствовало и дѣйствительности ея поручительства за личные долги мужа, по которымъ она отвѣчала въ этихъ случаяхъ имуществомъ, принадлежавшимъ ей на правѣ отдѣльнаго пользованія [2]).

Нашъ обзоръ былъ бы не полонъ, если бы, послѣ указанія на юридическую неспособность замужней женщины въ старомъ англійскомъ правѣ, мы не сказали нѣсколько словъ объ одной привилегіи въ ея пользу, установленной съ самой древности. Я имѣю въ виду *вдовью долю*, которая, предоставляя женѣ извѣстныя права въ имуществѣ мужа, какъ бы исправляла крайности супружеской власти и устанавливала родъ равновѣсія между правами обоихъ супруговъ. Если дѣйствительно германскій и феодальный законы отдавали мужу на правѣ собственности или пользованія все имущество, приносимое женой въ день брака, то эти же законы обязывали и мужа предоставлять женѣ извѣстныя права въ его имуществѣ также съ перваго дня брака и „у дверей церкви", въ которой бракъ освящался [3]). Съ этого момента жена получала не простую надежду, а настоящее пріобрѣтенное право, которое не могло быть отнято у нея никакимъ послѣдующимъ актомъ мужа. По прекращеніи брака, она вступала въ пользованіе

---

[1]) „To her sole and separate use, her separate maintenance".

[2]) Blackstone et Stephen, т. II, стр. 277, пр. c.; стр. 268, пр. i. Всѣ эти новшества были введены судами справедливости и затѣмъ упорядочены въ нѣкоторыхъ случаяхъ и расширены статутами

[3]) Въ древнемъ Іоркскомъ ритуалѣ по литургіи брака мы читаемъ: „Sacerdos interroget dotem mulieris; et, si terra ei in dotem detur, tunc dicatur psalmus iste". — При отсутствіи соглашенія, законъ опредѣлялъ вдовью долю въ $1/_2$ имущества мужа. Glanville, VI, 1 и 2; Littleton, II, 39. Ср. *Grand Coustumier de Normandie*, ch. 101.

своей вдовьей долей. Правда, это право было только пожизненное, и если предметъ его составляло ленное имущество, то наслѣдники мужа удерживали, вмѣстѣ съ номинальной собственностью и сеньоріей на это имущество, также право располагать рукой вдовы и какъ принуждать ее ко вступленію во вторичный бракъ, такъ и препятствовать ей въ заключеніи этого вторичнаго брака. Но Великая Хартія не замедлила уничтожить эту одіозную привилегію и вернуть вдовѣ ея независимость [1]).

Такова была вдовья доля при своемъ возникновеніи, и можно было бы думать, что этотъ институтъ, такъ благопріятствовавшій женщинѣ, долженъ бы былъ развиваться съ расширеніемъ ея правоспособности. Но въ дѣйствительности случилось иное. Вдовья доля, какъ я уже сказалъ, служила поправкой къ крайностямъ супружеской власти, и, разъ суды справедливости и статуты ограничили эту послѣднюю, вдовья доля много потеряла въ своемъ значеніи. Сверхъ того, она ставила преграды торговлѣ, поражая неотчуждаемостью часть мужнинаго имущества, и поэтому нельзя удивляться, если юриспруденція и статуты старались устранить вдовью долю во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда въ ней не представлялось надобности. Эти случаи становились все многочисленнѣе, благодаря измѣненіямъ въ правахъ и законахъ. Движимое имущество росло съ развитіемъ торговли, и право наслѣдованія, предоставленное вдовѣ самимъ закономъ въ движимости мужа [2]), получало черезъ это больше значенія. Съ другой стороны, новые статуты, разрѣшивъ завѣщательныя распоряженія даже въ отношеніи къ недвижимости [3]), давали мужу достаточно возможности заботиться объ интересахъ оставляемой имъ вдовы. Наконецъ, изобрѣтеніе института *uses* позволяло обезпечивать за женой, даже въ продолженіе брака, независимое состояніе. Во всѣхъ этихъ случаяхъ вдовья доля не имѣла болѣе основанія существовать, и законъ долженъ былъ разрѣшить мужу освобожденіе его имущества отъ тягости, ставшей теперь безполезной. Чтобы добиться это цѣли, мужъ пользовался сначала описанными выше фикціями: онъ позволялъ въ притворномъ процессѣ оспорить свое право

---

[1]) См. выше, стр. 241.

[2]) Glanville, VI, 1 и 2.

[3]) St. 32, Hen. VIII, c. 1; st. 1, Will. IV; st. 1, Vict. c. 26.

лицу, которому онъ хотѣлъ передать свое имущество. Впослѣдствіи статуты устранили эту дѣтскую фикцію [1]) и дозволили мужу открыто лишать жену ея вдовьей доли или обезпеченіемъ за ней какой-нибудь другой имущественной выгоды [2]), или продажей ей своего имущества, или даже простымъ, но торжественнымъ изъявленіемъ своей воли. Вдовья доля не была уничтожена: она удерживается даже теперь въ своей древней формѣ, но примѣненіе ея чрезвычайно рѣдко.

Такова судьба феодальныхъ учрежденій, какъ покровительствовавшихъ женщинѣ, такъ и стремившихся поработить ее. Тѣ и другія существуютъ еще въ теоріи, но фактически и на практикѣ они почти совсѣмъ исчезли. Безъ сомнѣнія, печать стараго феодальнаго права можно найти еще на многихъ подробностяхъ современныхъ законовъ. Сестра исключается братьями изъ отцовскаго наслѣдія; замужняя женщина лишена права завѣщанія; когда живъ отецъ, мать не спрашиваютъ при выдачѣ дочери замужъ. Но нельзя отрицать существеннаго прогресса: неспособность женщины уже не постоянна и не закрѣплена за поломъ, какъ это было въ древнемъ правѣ; она является такъ же, какъ и у насъ, временнымъ и случайнымъ послѣдствіемъ супружеской власти.

---

* Англійское законодательство претерпѣваетъ въ настоящее время глубокое преобразованіе, подобное тому, какое испытало римское право во время Юстиніана. Со всѣхъ сторонъ подъ твердую массу древняго закона подведены были въ теченіе вѣковъ мины; юриспруденція справедливости медленно, но вѣрно пробивала свой путь. Между тѣмъ, на поверхности оставались все древніе принципы, неудобные, безполезные и даже опасные для тѣхъ, кто не умѣлъ пользоваться лазейками, служившими для ихъ обхода. Законодатель рѣшается, наконецъ расчистить мѣсто: онъ устраняетъ остатки давно исчезнувшаго прошлаго и даетъ доктринѣ справедливости характеръ легальной истины.

Это—именно то, что дѣлаютъ для правъ замужней женщины сначала, и только отчасти, одинъ *актъ* 1870 г, потомъ, всестороннѣе и радикальнѣе—другой *актъ* 1882 г. Эти акты идутъ, кромѣ

---

[1]) St. 27, Hen. VIII, c. 10 (о *jointures*); st. 3, 4, Wil. IV, c. 105.

[2]) Чаще всего—взаимное дареніе на случай пережитія (*jointure*).

того, далѣе установленія соотвѣтствія между дѣйствительнымъ и любимымъ правомъ: они реализируютъ въ пользу замужней женщины настоящій прогрессъ. Доктрина судовъ справедливости, обезпечивавшая за супругой отдѣльную собственность при помощи теоріи *use* и появленія на сценѣ *trustees*, имѣла еще другіе недостатки, кромѣ своей сложности. Нѣтъ сомнѣнія, что *settlement*, сопровождавшій бракъ богатыхъ женщинъ дѣлалъ ихъ положеніе въ отношеніи приданаго привиллегированнымъ и устранялъ примѣненіе *common law*; такъ же несомнѣнно, что и даритель или завѣщатель, предоставлявшіе что-либо замужней женщинѣ, могли установить въ ея пользу подобный же *settlement*. Но эти предосторожности не имѣли значенія для низшаго и средняго классовъ общества, для рабочахъ и мелкихъ торговцевъ. Женщина, идущая замужъ безъ состоянія, вездѣ вступаетъ въ бракъ *безъ контракта*, какъ говорятъ во Франціи. Ее-то *common law* и отдавалъ всегда въ руки мужа и его кредиторовъ: они получали то, что она заработывала, ея сбереженія и все, что ей могло достаться въ теченіе брака по дареніямъ, отказамъ или наслѣдованію. Только въ случаѣ разлученія по суду (*sentence of judicial separation*) одинъ *актъ* 1857 г. предоставлялъ ей, какъ *feme sole*, полное распоряженіе всѣмъ тѣмъ имуществомъ, которое она могла пріобрѣсти послѣ этого разлученія; тотъ же законъ дозволялъ женѣ, оставленной своимъ мужемъ безъ того, чтобы объ этомъ состоялось судебное рѣшеніе, просить судъ о постановленіи такого защищающаго ее распоряженія (*protection order*), которое давало бы ей опять право распоряженія всѣмъ пріобрѣтеннымъ и имѣющимъ быть пріобрѣтеннымъ ею имуществомъ за все время, пока она останется въ томъ-же положеніи. Но этимъ дѣло и ограничивалось: свобода договоровъ не приносила женщинѣ существенной пользы, и дѣйствительная защита ея требовала прямого вмѣшательства закона.

Актъ 1870 г. сдѣлалъ, главнымъ образомъ, двѣ вещи. Въ силу самаго закона женщина получила пользованіе и свободное распоряженіе всей категоріей имуществъ, ею пріобрѣтенныхъ въ продолженіе брака. Въ силу соглашенія съ мужемъ, она могла выговорить себѣ при посредствѣ простыхъ и удобныхъ формъ тѣ же права и на имущества, которыми она владѣла при вступленіи въ бракъ.

Этотъ законъ освободилъ отъ дѣйствія *common law*— прежде всего и независимо отъ какого бы то ни было соглашенія—то, что женщина заработала въ теченіе брака своимъ трудомъ или отдѣльнымъ промысломъ [1]), или примѣненіемъ своихъ литературныхъ, артистическихъ и научныхъ способностей,—и это распоряженіе получило силу даже въ отношеніи женщинъ, вступившихъ въ бракъ ранѣе 1870 г. Далѣе, этотъ же законъ предоставилъ имъ, въ видѣ отдѣльной собственности, *separate property*, тѣ реальныя и личныя права (*real property, personal property*), которыя онѣ могли получить по праву законнаго наслѣдованія, и тѣ исключительно личныя права, которыя могли быть предоставлены имъ по дареніямъ или отказамъ, лишь бы цѣнность дара или отказа не превосходила 200 фунтовъ; это распоряженіе примѣнимо къ женщинамъ, вступившимъ въ бракъ только съ 1870 г. Если женщина въ моментъ брака имѣла право на фонды, хранящіеся въ англійскомъ или ирландскомъ банкахъ, или помѣщеные въ англійскіе консоли, въ свидѣтельства сберегательныхъ кассъ, въ акціи финансовыхъ, банковыхъ и другихъ обществъ, и т. д., то она могла съ этого же момента записать всѣ эти цѣнности на свое имя, какъ *замужней женщины*, и сдѣлать изъ нихъ свою *separate property*; всякое другое имущество могло быть также приписано къ ея отдѣльной собственности при согласіи на то ея мужа [2]); ничто не мѣшало ей заключить и договоръ страхованія жизни какъ на свое имя, такъ и на имя мужа.

Актъ 1870 г. не разрушалъ древняго законодательнаго зданія. Онъ предохранялъ только нѣкоторыя имущества жены отъ поглощенія имуществомъ мужа и достигалъ этой цѣли или прямо, или требованіемъ извѣстныхъ и мало сложныхъ формальностей. Собственность, которую онъ устанавливалъ такимъ образомъ на имя супруги и которую стали вскорѣ называть *статутарной* (*statutary*

---

[1]) „Wages and earnings of any married woman acquired or gained by her in any employment, occupation or trade in which she is engaged or which she carries on separately from her husband, any also any money or property so acquired by the exercice of any litterary, artistic or scientific skill, and all investments of such wages, earnings, money or property“.

[2]) Sect. XI: Any property belonging to her before marriage and which her husband shall by writing under his hand have agreed with her, shall belong to her as her separate property“

separate property), отличалась приблизительно тѣмъ же характеромъ, что и собственность, которая давалась ей прежними *uses* [1]), и которой она могла распоряжаться на условіяхъ, опредѣленныхъ практикой судовъ справедливости.

По отношенію къ указаннымъ имуществамъ настоящій актъ предоставлялъ женѣ искъ не только передъ судами справедливости, но и передъ *Courts of law*. Но, согласно традиціоннымъ правиламъ канцлерскаго суда, она должна была выступать не лично, а черезъ посредство друга, „*next friend*", и вызывать вступленіе въ процессъ своего мужа — для того, чтобы и этотъ послѣдній могъ защитить здѣсь свои права. На этомъ основаніи, если искъ предъявлялся къ женѣ по поводу ея отдѣльной собственности, его нужно было направлять одновременно и противъ мужа, разъ дѣло шло не о добрачныхъ долгахъ (секц. XII).

Законъ 1870 г. нужно признать вообще несовершеннымъ: внѣ договорныхъ соглашеній онъ оставлялъ еще слишкомъ много мѣста примѣненію древнихъ принциповъ и не вносилъ въ право всѣхъ желательныхъ упрощеній. Въ 1874 г. онъ былъ дополненъ, но довольно незначительно—особенно, съ точки зрѣнія тѣхъ, кто ищетъ въ законахъ выраженія общихъ идей. По древнимъ принципамъ самый фактъ брака освобождалъ жену отъ прежнихъ долговъ, падавшихъ съ этихъ поръ на мужа; это было логично. Но законъ 1870 г., проведя достаточно широко принципъ раздѣльности имуществъ супруговъ, возстановилъ за кредиторами жены ихъ иски противъ нея и освободилъ мужа отъ всякой отвѣтственности по нимъ. Между тѣмъ, въ силу ли древнихъ правилъ, насколько они находили еще примѣненіе, или въ силу условій брачнаго договора, мужъ могъ еще имѣть извѣстныя права въ имуществѣ жены. На эти то случаи актъ 1874 г. и вернулъ добрачнымъ кредиторамъ жены ихъ искъ противъ мужа.

Наконецъ, въ 1882 г. вышелъ законъ, который долженъ былъ

---

[1]) „The act of 1870... does make certain property property to her separate use, to that extent carrying with it a power to contract in respect of that property which any married woman previously possessed in a Court of Equity, and it superads to that certain remedies in a Court of law, which is considered desirable to give the married women in respect of the small sums, but beyond that I thinc that the Act makes no alteration in the position the married women." Per *Jessel M. R. Howard. Y. Bank et. England.*

вполнѣ эманципировать женщину. Этотъ законъ прошелъ почти безъ обсужденія, хотя ему предшествовало значительное возбужденіе общественнаго мнѣнія, вызванное особенно энергичной пропагандой *„Лиги въ пользу правъ женщины“*. Парламентская сессія была чрезвычайно бурна: ирландская обструкція, дѣла Египта приковывали къ себѣ общее вниманіе. Благодаря, можетъ быть, этому возбужденію политическихъ страстей, новый законъ совершилъ спокойно свой путь: внесенный въ Верхнюю Палату лордомъ-канцлеромъ Сельборномъ 14 февраля 1882 г., онъ былъ голосованъ здѣсь, вмѣстѣ съ 8-ью поправками, и принятъ затѣмъ безъ измѣненій Палатой Общинъ.

Значеніе реформы, совершонной этимъ закономъ, ясно опредѣлено въ его первомъ отдѣленіи (секціи), гдѣ говорится слѣдующее: „Замужняя женщина, согласно настоящему закону, способна пріобрѣтать и владѣть, въ видѣ отдѣльной собственности, всякимъ имуществомъ и всякимъ правомъ, какъ реальнымъ, такъ и личнымъ, и распоряжаться имъ по завѣщанію и иначе—такимъ же образомъ, какъ если бы она не была замужемъ (*feme sole*), и безъ того, чтобы для этого представлялась надобность въ какомъ-либо *trustee*“. Отсюда слѣдуетъ, что древній принципъ, смѣшивавшій личность мужа съ личностью жены, теперь устраненъ, и такъ какъ этотъ принципъ можетъ быть признанъ источникомъ всѣхъ правъ мужа надъ имуществомъ жены, то съ нимъ исчезаютъ естественно и эти права. Женщина сохраняетъ право собственности, вмѣстѣ съ пользованіемъ, на всѣ имущества, которыя она имѣла при вступленіи въ бракъ или пріобрѣла впослѣдствіи. Для этого нѣтъ болѣе надобности ни въ какихъ предосторожностяхъ; нечего прибѣгать и къ теоріи судовъ справедливости: женщина получаетъ, наконецъ, опредѣленный *legal estate*. Одновременно съ правомъ отдѣльнаго пользованія, она имѣетъ и право свободнаго распоряженія своимъ имуществомъ безъ всякаго разрѣшенія со стороны мужа или суда. Для отчужденія принадлежащихъ ей реальныхъ правъ не надо болѣе, какъ это требовалось прежде, того, чтобы мужъ давалъ на это свое согласіе, или судья, посредствомъ отдѣльнаго допроса, удостовѣрялся въ непринужденности ея воли. Она можетъ, какъ мужчина или незамужняя женщина, являться въ судъ и не привлекать болѣе къ дѣлу своего мужа. Ей предоставлено и принимать свободно даренія какъ отъ треть-

ихъ лицъ, такъ и отъ своего мужа, котораго она вправѣ и сама одаривать [1]). Она способна также договариваться безъ всякаго разрѣшенія; но ея обязательства относятся скорѣе къ ея отдѣльному имуществу, чѣмъ къ ея личности, откуда вытекаетъ то, что ее нельзя объявить и несостоятельной, если только она не ведетъ отдѣльной торговли на свое имя [2]).

Это—главные результаты разрыва новаго закона съ древними принципами; другія, второстепенныя послѣдствія этого разрыва также выражены въ законѣ.

Съ изданія этого закона мужъ и жена, составляя по праву двѣ различныхъ личности, могутъ выступать и на судъ другъ противъ друга. Но они не имѣютъ въ принципѣ этого права въ отношеніи къ иску *ex delicto* [3]), который жена предъявляетъ къ мужу только тогда, когда этотъ послѣдній посягаетъ на ея отдѣльное имущество; въ этомъ случаѣ она можетъ открыть противъ него и уголовное преслѣдованіе, если въ моментъ преступленія она уже не живетъ съ нимъ, или если дѣло идетъ объ имуществѣ, на которое мужъ посягалъ уже въ то время, когда онъ оставлялъ жену, или думалъ ее оставить.

По древнимъ принципамъ, мужъ и жена, составляя одно цѣлое, не могли и свидѣтельствовать другъ противъ друга на судѣ. Это правило, хотя и видоизмѣненное различными законами [4]), было еще до послѣдняго времени въ силѣ по уголовнымъ дѣламъ. Новый законъ отмѣняетъ и его во всѣхъ случаяхъ разрѣшаемаго имъ уголовнаго преслѣдованія.

Наконецъ, онъ повторяетъ, что жена остается связанной своими предбрачными обязательствами, и что мужъ отвѣчаетъ по нимъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ пріобрѣтаетъ какое-либо право на имущество жены,—притомъ, за вычетомъ тѣхъ платежей, которые имъ уже произведены добросовѣстно за счетъ жены.

Все изложенное показываетъ, что англійскій законъ, такъ про-

---

[1]) Это было допущено уже однимъ актомъ 22 августа 1881 г., секц. 50.

[2]) Секц. II: „Every married woman carriying trade separately from her husband shall, in respect of her separate property, be subject to the bankruptcy laws in the same way as if she were a *feme sole*.

[3]) Sect. XII: „No husband or wife shall be entitled to sue the other for a tort".

[4]) *Evidence amendment Act*. 1853, 16—17, Vict., c. 63; 32—33, Vict., c. 68, 1, 3.

должительно и такъ жестоко порабощавшій замужнюю женщину, предоставляетъ ей теперь почти неограниченную свободу. Порядокъ имущественныхъ отношеній супруговъ въ современной Англіи,—порядокъ, составляющій теперь ея общее право, это—раздѣльность имуществъ безъ всякаго противовѣса въ супружеской власти. Но едва ли этотъ результатъ достигнутъ волей и разсужденіемъ законодателя: окончательное освобожденіе женщины слѣдуетъ приписать скорѣе продолжительной исторической эволюціи, въ которой логика идей торжествовала надъ индивидуальнымъ разсужденіемъ. Если во Франціи супружеская власть развивалась медленно и подъ конецъ прочно утвердилась, то это произошло оттого, что *mundium* мужа надъ женой пересталъ здѣсь давно сопровождаться юридическимъ поглощеніемъ личности жены, сдѣлавшись исключительно контролирующей и охраняющей властью. Въ Англіи, напротивъ, если въ извѣстныхъ случаяхъ суды справедливости, или самъ законъ, разрѣшая женѣ какой-либо юридическій актъ, требовали при совершеніи его присутствія мужа, то это было только смягченнымъ послѣдствіемъ теоріи поглощенія, которая обнаруживала свой слѣдъ даже тогда, когда всѣ отказывались отъ ея строгаго примѣненія. Съ устраненіемъ основной теоріи устранены естественно и всѣ ея послѣдствія.

Но порядокъ свободы, освященный новымъ закономъ, не лишенъ опасностей. Мужъ и жена могутъ равно злоупотреблять имъ и законодатель принимаетъ мѣры противъ этого зла.

Мужъ можетъ быть соблазненъ возможностью скрыть отъ кредиторовъ часть своего имущества и перевести его съ этой цѣлью на имя жены, которой имущество гарантировано теперь отъ всѣхъ посягательствъ со стороны кредиторовъ ея мужа. Законъ предвидитъ этотъ обманъ. Прежде всего, по поводу даренія, открыто совершаемаго мужемъ въ пользу жены, онъ постановляетъ, что „ни одно распоряженіе настоящаго закона не дѣлаетъ такого даренія дѣйствительнымъ противъ кредиторовъ мужа, и что въ отношеніи къ этимъ послѣднимъ подаренное имущество разсматривается такъ, какъ бы оно состояло еще въ собственности мужа“. Всякое помѣщеніе капитала, сдѣланное мужемъ на имя жены и во вредъ кредиторамъ, недѣйствительно; такъ же недѣйствительно и помѣщеніе капитала, сдѣланное женой на свое собственное имя, но деньгами мужа и безъ согласія этого послѣдняго. Изъ того

что какое-нибудь имущество записано на имя жены, вытекаетъ простая презумпція о принадлежностиэтого имущества ей въ собственность,—презумпція, которую мы называемъ *juris tantum*,, а англійскіе юристы—*prima facie evidence*: доказательство противнаго остается всегда возможнымъ.

Жена можетъ ссудить мужа деньгами, или передать ему другія цѣнности для производства торговли, веденія какого-нибудь дѣла или всякой иной цѣли. Но въ случаѣ объявленія несостоятельности мужа, эти цѣнности служитъ залогомъ (*assets*) его кредиторамъ, и жена не признается кредиторомъ и не получаетъ удовлетворенія изъ конкурсной массы иначе, какъ послѣ удовлетворенія всѣхъ остальныхъ кредиторовъ, права которыхъ основаны на возмездныхъ сдѣлкахъ. Понятно, что это строгое правило сильно стѣсняетъ договоры между супругами: законодатель почти закрываетъ передъ ними только-что растворенныя двери [1]).

Посмотримъ теперь, что онъ предпринимаетъ для защиты самой женщины отъ опасностей ея полной независимости.

Одно изъ оригинальныхъ распоряженій настоящаго закона гласитъ (отд. VII), что кредитныя, промышленныя и другія акціонерныя общества не могутъ быть обязаны къ пріему въ число своихъ акціонеровъ женщинъ, если дѣло идетъ о невполнѣ оплаченныхъ акціяхъ; по крайней мѣрѣ, уставы обществъ, заключающіе въ себѣ такое исключеніе замужнихъ женщинъ, признаются этимъ закономъ вполнѣ дѣйствительными. Начиная съ 1870 г. англійскія акціонерныя общества, кажется, часто включали въ свои уставы подобнаго рода условія, и-вотъ почему. Когда замужняя женщина пріобрѣтала на свое имя невполнѣ оплаченныя акціи или облигаціи, то, при отсутствіи у нея иной отдѣльной собственности, общество не имѣло иска ни противъ нея, ни противъ ея мужа, въ платежѣ ему остатка должной суммы; оно могло предписать лишь продажу невполнѣ оплаченной бумаги. Но утверждая

---

[1]) Хотя правила о несостоятельности (bankruptcy) распространяются и на не-купцовъ, тѣмъ не менѣе въ одномъ изъ вышедшихъ уже на законъ 1882 г. комментаріевъ выражается сомнѣніе о примѣненіи этого закона на случай, когда мужъ не производитъ никакой торговли. *The married women's property acts by S. Worthington Bromfield.* London, 1883, стр. 51: „It seems doubtfull whether this section applies to the case of a loan by a married woman to her husband, if not a *trader*, for his private purpose".

теперь условіе, закрывающее женщинамъ доступъ въ подобныя акціонерныя предпріятія,—условіе, имѣющее, по всей вѣроятности, сдѣлаться стереотипическимъ,—законъ хочетъ, очевидно, запретить женщинамъ такія соблазнительныя и опасныя помѣщенія капиталовъ, которыя обѣщаютъ большія выгоды въ будущемъ и требуютъ въ настоящемъ сравнительно ничтожнаго имущественнаго пожертвованія; живое и податливое на иллюзіи воображеніе даетъ легко увлекать себя предложеніями подобнаго рода.

Другое распоряженіе того же закона даетъ женѣ болѣе непосредственную и дѣйствительную защиту, удерживая законный характеръ за давно установившейся практикой, извѣстной подъ названіемъ *restriction against anticipation*. Это—условіе, присоединяемое къ акту установленія собственности замужней женщины на титулѣ *separate use*, и не только ограждающее эту собственность отъ всякаго посягательства со стороны мужа, но лишающее и жену во все продолженіе брака какъ права распоряженія, такъ и права пользованія доходами на нѣсколько лѣтъ впередъ съ имущества, составляющаго предметъ такой собственности [2]). Въ этомъ случаѣ жена теряетъ возможность не только отчуждать свое имущество, но и закладывать его путемъ обязательствъ.

Поставить въ такое положеніе свое имущество, какъ настоящее, такъ и будущее: можетъ сама женщина, вступая въ бракъ; этимъ будетъ устанавлена та имущественная неправоспособность ея по договору, которую хотѣли ввести недавно и во французскую юриспруденцію. Новый англійскій законъ обезпечиваетъ полную силу за такого рода соглашеніями, объявляя только, что кредиторы, которыхъ права возникли до заключенія брака, сохранятъ эти права въ имуществѣ женщины, вступившей въ бракъ и въ приведенныхъ выше условіяхъ. *Restraint on anticipation* можетъ устанавливаться

---

[2]) Joshua Williams, *Principles of the law of real property*, 11 изд., стр. 222: „In order more completely to protect the wife, the Court of Chancery allows property thus settled for the separate use of a woman to be so tied down for her own personal benefit that she shall have no power, during her coverture, to anticipate or assign her income; for it is evident that to place the wife's property beyond the prower of her husband is not a complete protection for her; it must also be placed beyond the reach of his persuasion. In this particular instance therfore an exception has been allowed to the general rule, which forbids any restraint to be imposed on alienation".

несомнѣнно и дарителемъ или завѣщателемъ въ отношеніи имуществъ, передаваемыхъ ими замужней женщинѣ, и это распоряженіе противополагается тогда даже ея добрачнымъ кредиторамъ [1]).

Это—отдѣльный случай примѣненія того, что англичане называютъ *settlements*,— терминъ, обнимающій еще много комбинацій и, въ особенности, фидеикоммиссарныя субституціи. Этимъ терминомъ выражается вообще актъ, которымъ по договору или завѣщанію фиксируется назначеніе или переходъ того имущества, которымъ распоряжаются *„a deed, whereby the destination or devolution of a real or personal estate is settled“*. Англійскій законъ даетъ въ этомъ смыслѣ волѣ сторонъ самое широкое распространеніе: онъ не знаетъ простой и абсолютной собственности римскаго права и французскаго кодекса, комбинируя съ большой гибкостью самыя разнообразныя вещныя права. Брачные *settlements* могутъ имѣть предметомъ и предоставленіе мужу цѣликомъ или отчасти пользованія или управленія имуществомъ жены, что можетъ вести почти къ возстановленію древняго положенія вещей. Поэтому въ Англіи уже сдѣлано замѣчаніе, что эти *settlements* будутъ теперь внушаться, главнымъ образомъ, интересомъ мужей, тогда какъ въ прежнее время они устанавливались особенно въ интересѣ жены.

Изъ старой теоріи *common law* вытекало особое регулированіе правъ пережившаго супруга. Интересно посмотрѣть на дѣйствіе новаго закона и въ этомъ направленіи.

Прежде всего, если пережившимъ супругомъ былъ мужъ, онъ сохранялъ, въ силу своего права супруга, или пріобрѣталъ, какъ *administrator*, собственность на всѣ личныя права (*personale estate*) жены. Эта послѣдняя не могла лишить его этихъ правъ, такъ какъ для распоряженія ими по завѣщанію требовалось согласіе мужа и, кромѣ того, нужно было утвержденіе завѣщательнаго распоряженія пережившимъ супругомъ — по крайней мѣрѣ, въ формѣ молчанія. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ настоящее время жена можетъ свободно распоряжаться этими правами и на случай смерти и оставить дѣйствительное завѣщаніе безъ того, чтобы для этого ей приходилось исправить согласіе или послѣду-

---

[1]) Но судъ можетъ разрѣшить женщинѣ отчужденіе и залогъ этихъ имуществъ, если это представляетъ для нея явную выгоду. См. законъ 22 авг. 1881 г. (44 и 45, Vict), секц. 39 (*Annuaire de la Société de législation comparée*, année 1882).

ющее утвержденіе мужа. Но что, если она умираетъ, не сдѣлавъ завѣщанія? Сохраняется ли въ этомъ случаѣ древнее право мужа, или его болѣе нѣтъ, какъ нѣтъ принципа, его производившаго? Древнее право мужа сохраняется, такъ какъ, по мнѣнію англійскихъ юристовъ, въ отношеніи личныхъ правъ отдѣльная собственность жены *(separate use)*, созданная закономъ въ ея интересѣ, равно какъ и прежняя отдѣльная собственность, уступавшаяся въ ея пользу по соглашенію, продолжаются лишь до тѣхъ поръ, пока продолжается бракъ [1]). Древній принципъ оказывается здѣсь болѣе замаскированнымъ, нежели уничтоженнымъ, и, при отсутствіи завѣщанія, *личныя права* жены достаются мужу, согласно традиціоннымъ правиламъ.

На реальныя права (*real property*) жены *common law* предоставлялъ мужу гораздо менѣе широкія полномочія. Онъ получалъ въ нихъ право пользованія, если по смерти жены оставалось дитя, рожденное въ бракѣ. Эта прерогатива, носившая названіе *curtesy of England*, была древнимъ учрежденіемъ обычнаго права, которое, вопреки своему названію, не составляло особенности Англіи, такъ какъ мы находимъ его въ средніе вѣка и въ нѣкоторыхъ сборникахъ французскаго обычнаго права. Теперь женщина можетъ отдѣлаться отъ этой прерогативы мужа, распоряжаясь свободно своими реальными правами по завѣщанію, но если она не дѣлаетъ этого, то прерогатива остается въ силѣ.

Жена, если она переживала мужа, имѣла отъ этого, по древнему праву, двѣ выгоды: 1) вдовью долю, которую она сохраняетъ и теперь, но безплодно, такъ какъ мужъ можетъ уже съ давнихъ поръ лишить жену этой доли какъ по договору, такъ и по завѣщанію, и почти всегда дѣлаетъ это; 2) когда мужъ умиралъ безъ завѣщанія, жена призывалась въ первомъ ряду къ наслѣдованію его личными правами (*personal property*) или въ $^1/_3$, если онъ оставлялъ дѣтей, или въ $^1/_2$, если онъ умиралъ бездѣтнымъ [2]). Это довольно крупное право объясняется, по крайней мѣрѣ, отчасти, поглощеніемъ правъ жены въ имуществѣ мужа; въ настоящее время этого основанія права не существуетъ,

---

[1]) Worthington Bromfield. *The married women's property acts*, стр. 59.

[2]) *Statute of distributions*,, 22, 23, Car. II, c. 10; *explained by* 29, Car. II, c. 3.

но самое право продолжаетъ существовать, чему можно, конечно, только радоваться.

Такимъ образомъ мы видимъ, что новый законъ, освящая новые принципы, не устраняетъ вполнѣ слѣдовъ древняго права, и это совершенно согласно съ духомъ англійской юриспруденціи. Тѣмъ не менѣе, новый законъ производитъ основное измѣненіе въ законодательствѣ. Онъ встрѣченъ очень сочувственно печатью и обществомъ, но пріемъ, оказанный ему міромъ профессіональныхъ юристовъ, кажется, менѣе благопріятенъ. Юристы ведутъ часто слишкомъ далеко тенденцію къ сохраненію существующаго, но они же знаютъ лучше, чѣмъ кто-нибудь, какія невѣдомыя западни могутъ скрываться подъ радикальной реформой древняго права, съ которымъ, несмотря на всѣ его пороки, успѣли свыкнуться и ознакомиться во всѣхъ его подробностяхъ и даже обходахъ. Однако, законодательную реакцію въ настоящемъ вопросѣ нельзя считать вѣроятной; удержанной законодателемъ во всей ея силѣ свободы договора будетъ довольно для поддержанія древнихъ традицій въ той мѣрѣ, въ какой онѣ могли бы быть еще полезны и законны.

А. Э.

ГЛАВА III.

Германія.

I.

Само собою разумѣется, что въ обширномъ агломератѣ различныхъ государствъ, соединенныхъ общимъ именемъ Германіи, нельзя встрѣтить того простого, единаго и вылитаго, такъ сказать, изъ одного куска законодательства, котораго образцы мы видѣли въ Швеціи и въ Англіи. Расположенные на сѣверной оконечности Европы, Британскіе острова и Скандинавскій полуостровъ могли сохранить чистыми отъ всякой посторонней примѣси свои феодальныя и германскія учрежденія — точно такъ же, какъ и южные полуострова Испаніи и Италіи могли подчиниться почти исключительно вліяніямъ римскаго и каноническаго права. Но въ центрѣ Европы происходило, какъ бы, стеченіе

всѣхъ идей, шедшихъ съ Сѣвера и Юга: здѣсь столкнулись германское право съ римскимъ, феодальное съ каноническимъ, и изъ этого столкновенія принциповъ, которые соперничали другъ съ другомъ, родилось законодательство, сложное и смѣшанное, часто даже разнородное и противорѣчивое.

Таковъ типъ германскаго права, который есть въ то же время и типъ французскаго права. Но, тогда какъ во Франціи могучій духъ централизаціи сдерживалъ различные элементы и принуждалъ ихъ къ ассимиляціи и сліянію въ единое право, твердое и однородное, въ Германіи мы не находимъ какъ разъ этой силы централизаціи. Многочисленныя и мелкія государства, подѣлившія между собою ея территорію, сохранили каждое свое мѣстное право, и каждое изъ этихъ мѣстныхъ правъ дробилось, въ свою очередь, на множество различныхъ и не объединенныхъ между собою элементовъ. Право гражданъ было не то, что право дворянъ; право деревень—не то, что право городовъ; право аллодіальныхъ владѣній различно отъ права феодальныхъ, и право одного помѣстья—отъ права другого, сосѣдняго. О германцахъ еще прошлаго столѣтія можно было говорить то же, что говорилъ Агобардъ во времена Карла Великаго: „не рѣдкость встрѣтить вмѣстѣ пять человѣкъ, изъ которыхъ ни одинъ не подчиняется тому же праву, что другой". Вслѣдствіе такого недостатка въ связи, римскій и германскій элементы не комбинировались и не преобразовывались взаимнымъ вліяніемъ, какъ это имѣло мѣсто во Франціи, а оставались, напротивъ, несмотря на свое соприкосновеніе другъ съ другомъ, изолированными и вѣрными своимъ врожденнымъ формамъ. Римское право оставалось исключительно римскимъ и продолжало властвовать при новыхъ цезаряхъ Священной Римской Имперіи не какъ *писанный разумъ*, а какъ *писанный законъ*, надѣленный обязательной силой; педантическая и прислуживающаяся къ власти юриспруденція примѣняла его буквально, даже въ самыхъ произвольныхъ его распоряженіяхъ. Въ то же время и древне-германское право не переставало никогда пользоваться почетомъ въ странѣ, которая гордилась тѣмъ, что была его настоящей родиной, и самые устарѣлые обычаи этого права защищались, въ качествѣ національнаго достоянія, со всѣмъ пыломъ патріотизма. Отсюда—еще въ настоящее время смѣшеніе или, скорѣе, нагроможденіе учрежденій, разно-

родныхъ и несогласованныхъ между собою, остатковъ древняго римскаго и стараго германскаго права: *morgengab* и вдовья доля рядомъ съ *donatio propter nuptias* и $^1/_4$ долей законнаго наслѣдованія жены послѣ мужа, сенатусъ-консультъ Веллейана рядомъ съ постоянной опекой надъ женщиной.

И между тѣмъ Германія стремится къ законодательному единству. Эту цѣль видѣли передъ собою ея ученые и философы еще въ XVI в., и уже съ этого времени Германія не переставала итти на встрѣчу идеѣ единства. Здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ успѣхахъ мысли, освободителемъ этой страны является Лютеръ. Онъ первый подымается противъ узкости и сервильности юриспруденціи, апеллируя на несправедливости писаннаго закона къ естественному праву. „Если у тебя не будетъ передъ глазами естественнаго права, то чѣмъ больше ты проглотишь и изучишь книгъ законовъ и комментаріевъ къ нимъ, тѣмъ вѣрнѣе ты заблудишься. Праведнаго и справедливаго рѣшенія нужно искать не въ книгахъ и текстахъ закона, а въ самомъ разумѣ, допрошенномъ свободно и такъ, какъ бы не существовало никакой книги. Это рѣшеніе диктуется естественнымъ правомъ, заложеннымъ въ глубинѣ каждой человѣческой души [1]). Эти слова не остались безъ отклика: черезъ два года *проектъ реформъ* возставшихъ крестьянъ требовалъ изгнанія всѣхъ *докторовъ права* изъ всѣхъ судовъ имперіи [2]). Это требованіе не было и не могло быть никогда исполнено, но оно нанесло тѣмъ не менѣе роковой ударъ формальной юриспруденціи. Основалась наука естественнаго права, привлекавшая къ себѣ каждый день новыхъ адептовъ, и съ XV по XVIII вѣкъ цѣлый рядъ германскихъ и голландскихъ публицистовъ работаетъ энергично надъ сліяніемъ римскаго права съ германскими обычаями, подчиняя какъ первое, такъ и послѣднее однимъ и тѣмъ же общимъ принципамъ, внушеннымъ справедливостью и разумомъ.

---

[1]) Luther, *Abhandlunngen von weltlicher Obrigkeit*, 1523.

[2]) Это—актъ, извѣстный vulga подъ именемъ *Reformation Friedrich's III*, ст. 5 (*ap*. Goldast, *Reichssatz*. т., I, стр. 107): „Alle doctores der Rechte, sie seynd geistlich oder weltlich, im heilig. röm. Reich deutscher Nation... sollen beim keinem Gericht... mer gelitten, sunder gantz abgethan werden“.— Ср. Zoepfl, *deutsche Rechtsgeschichte*, Stuttgardt, 1858 (3 изд.), I, § 55.

Въ настоящее время единство права уже завоевано наукой, хотя и не осуществлено еще законодательствомъ. Это послѣднее въ Германіи пока все такъ же разнообразно и разсѣяно, какъ оно было во Франціи нѣсколько столѣтій назадъ. Франція управлялась тогда множествомъ мѣстныхъ системъ обычнаго права, часто противорѣчивыхъ и всегда различныхъ; но сквозь это разнообразіе мѣстныхъ правъ наука умѣла находить и формулировать общее право, вписанное впослѣдствіи въ наши кодексы. Ученая Германія сумѣла такъ же открыть подъ всѣми частностями своихъ мѣстныхъ обычаевъ общіе и тождественные принципы, составлявшіе самое основаніе ея національнаго права; суды и законодательство послѣдовали данному имъ наукой импульсу, и мало-по-малу очищенное и обобщеннее германское право заняло свое мѣсто, рядомъ съ римскимъ, въ общемъ правѣ Германіи. Еще одинъ шагъ, и оба эти права сольются въ одно, что̀ уже и совершилось въ части Германіи. Пруссія кодифицировала свои законы въ 1794 г.; то же сдѣлала въ 1822 г. Австрія, тогда какъ на противоположномъ концѣ Германіи, по берегамъ Рейна, дѣйствуетъ до сихъ поръ французскій Code civil. Весь Германскій Союзъ, недавно еще такъ раздробленный и разъединенный, хочетъ теперь создать для себя одинъ общій и однообразный законъ. Это дѣло уже начато, и законами 1847 и 1859 гг. введено общее торговое право для всѣхъ государствъ, входящихъ въ союзъ. Подобная же реформа въ области гражданскаго права представила бы болѣе затрудненій. Между тѣмъ, все ведетъ къ ней, и нѣтъ такого нововведенія въ юриспруденціи, такого измѣненія въ законодательствѣ, которое не было бы въ то же время шагомъ къ достиженію этой высшей цѣли: единства германскаго права.

Но какое будетъ это единое право? Какимъ духомъ и какими тенденціями оно окажется запечатлѣннымъ? Будетъ ли это преимущественно феодальное, каноническое, германское, или римское право? Не нужно быть пророкомъ, чтобы предсказать, что предшествующимъ развитіемъ права опредѣлится и направленіе его въ будущемъ. Въ этомъ новомъ кодексѣ не найдется мѣста ни для одного изъ тѣхъ произвольныхъ и спеціальныхъ учрежденій, которыя стояли въ соотвѣтствіи съ исчезнувшими теперь общественными состояніями. Постоянная опека надъ жен-

щиной исчезнетъ вмѣстѣ съ послѣдними остатками феодальной зависимости. Сенатусъ-консультъ Веллейана будетъ выброшенъ изъ законодательства съ утратой Пандектами той небольшой доли законнаго авторитета, которая принадлежитъ имъ еще въ настоящее время. Положеніе женщины будетъ регулировано не исключительными законами, а комбинаціей двухъ принциповъ, стремящихся все болѣе и болѣе стать общимъ правомъ цѣлой Европы: равенствомъ половъ и точно опредѣленнымъ въ законѣ подчиненіемъ жены мужу.

Но хотя и предназначенныя погибнуть въ близкомъ будущемъ и теперь уже вышедшія на половину изъ употребленія, оба названныхъ института, т. е. сенатусъ-консультъ Веллейана и постоянная опека надъ женщиной, занимаютъ еще свое мѣсто въ дѣйствующихъ законодательствахъ Германіи. Одного этого соображенія достаточно, чтобы обратить насъ къ особому и болѣе или менѣе детальному разсмотрѣнію того и другого института.

II.

Я пытался уже выше истолковать сенатусъ-консультъ Веллейана. Теперь я покажу, какъ этотъ законъ былъ истолкованъ и примѣненъ въ Германіи. При этомъ меня не интересуетъ вопросъ, какое это было толкованіе,—хорошее или дурное,—такъ какъ я имѣю здѣсь дѣло не съ римскимъ правомъ, а съ исторіей права германскаго.

Въ древнихъ памятникахъ германскаго права мы не находимъ никакихъ признаковъ нашего сенатусъ-консульта. Онъ возрождается и распространяется по всѣмъ германскимъ государствамъ не ранѣе XVIII в., вмѣстѣ съ особеннымъ оживленіемъ занятій римскимъ правомъ. Но это нововведеніе не могло съ самаго начала не встрѣтить на практикѣ нѣкоторыхъ затрудненій. Подчинившись послушно сенатусъ-консульту, какъ дѣйствовавшему еще закону, германскій народъ чувствовалъ, какъ бы по инстинкту, что этотъ старый законъ совсѣмъ не соотвѣтствовалъ нравамъ и потребностямъ новаго общества, и всѣ независимые умы недоумѣвали, на что могло служить учрежденіе, котораго никто въ теченіе столѣтій не считалъ полезнымъ и даже не подозрѣвалъ его существованія.

Напрасно нѣкоторые нѣмецкіе юристы, какъ, напр., Шильтеръ, для того, чтобы оправдать воскресеніе этого учрежденія, рисковали утвержденіемъ, что современные нравы не были такъ строги, какъ нравы древнихъ германцевъ, и что поэтому женщина перестала быть достойной той правоспособности, которой она пользовалась въ древности [1]). Но какъ ни привычны были въ это время къ самымъ плохимъ аргументамъ для оправданія того или другого положенія римскаго права, наивная теорія стараго Шильтера встрѣтила не одно возраженіе. Нѣкоторые, слишкомъ забытые теперь, юристы позволяли себѣ сомнѣваться въ морализирующемъ вліяніи сенатусъ-консульта Веллейана и осмѣливались даже судить это учрежденіе и нападать на него съ такой независимостью мысли, которая заслуживаетъ быть отмѣченной для той эпохи. Когда римляне, говорилъ Людовикъ [2]), запретили женщинамъ интерцессію, они имѣли въ виду то, что предполагаемое интерцессіей вмѣшательство въ чужія дѣла было противно скромности и воздержанности, предписаннымъ ихъ полу. Эти идеи чужды нашимъ нравамъ; теперь римское запрещеніе имѣло бы оправданіе лишь въ томъ случаѣ, если бы оно защищало слабость женщины; но женщина пользуется уже болѣе, чѣмъ достаточной защитой такого рода въ опекѣ, которой подчиняютъ ее наши законы.

Другой юристъ того же времени, Томазіусъ [3]), спрашивалъ шутя, какой изъ двухъ половъ слѣдовало скорѣе защитить римскому законодателю, и не чаще ли сами женщины обманывали мужчинъ, чѣмъ давали имъ обманывать себя? „Сенатусъ-консультъ Веллейана, прибавлялъ онъ, утратилъ въ современной практикѣ всякую полезность, такъ какъ кредиторъ не упуститъ никогда потребовать отъ женщины отреченія отъ ея привиллегіи, и въ этомъ случаѣ она будетъ такъ же рисковать неожиданностями и соблазнами, какъ если бы не было и никакого сенатусъ-консульта. Единственныя лица, поражаемыя этимъ сенатусъ-консультомъ, должны бы были быть имъ пощажены; это—тѣ, кто, не зная о

---

[1]) Schilterus, *Praxis juris romani*, Francof, 1713, exerc. XXVIII, 5: „Quod mores sanctiores Germanorum cessaverunt“.

[2]) Ludewig, *de differ. J. Rom. et Germ. in scto Vell. exule in Germania* Halae, 1720.

[3]) *Thomasius, de exiguo usu scti Vell. in Germania*, Halae, 1707 (въ его сочиненіяхъ, *dissert.*, 78).

существованіи сенатусъ-консульта, не предохраняютъ себя отъ его опаснаго дѣйствія и не требуютъ отъ женщины отказа отъ предоставленной имъ льготы. Значитъ, эта мнимая льгота—не что иное, какъ западня, протянутая законодателемъ невѣдѣнію и доброй совѣсти" [1]).

Подъ вліяніемъ такихъ идей практика стѣсняла постепенно область примѣненія сенатусъ-консульта, и къ исключеніямъ, допущеннымъ уже глоссой, присоединила еще рядъ новыхъ. Она освободила послѣдовательно отъ дѣйствія сенатусъ-консульта купчихъ, евреекъ, владѣтельныхъ княгинь и вообще женщинъ-сюзереновъ, далѣе—женщинъ, обязывавшихся съ разрѣшенія ихъ опекуна [2]) и подъ присягой. Во всѣхъ этихъ случаяхъ,—на что́ слѣдуетъ обратить особое вниманіе,—интерцессія женщины была дѣйствительна даже тогда, когда она происходила въ пользу ея мужа. Кромѣ того, дѣйствительной признавалась всякая интерцессія въ пользу мужа, если супруги состояли въ общности по имуществу [3]).

Между исключеніями, принятыми глоссой, нужно остановиться особо на одномъ, вызвавшемъ продолжительные споры между докторами права: это — случай отреченія женщины отъ предоставленной ей сенатусъ-консультомъ привилегіи. Вопросъ о томъ, дѣйствительно это отреченіе или нѣтъ, былъ очень споренъ между теоретиками, но никогда не вызывалъ сомнѣнія на практикѣ: нѣмецкіе суды признавала всегда дѣйствительность такого отреченія [4]). Но въ какой формѣ должно было быть совершено это отреченіе: въ формѣ ли публичнаго акта, или подтвержденія подъ

---

[1]) Томазій заключалъ слѣдующимъ образомъ: „Vel nullus deberet esse usus scti, ne deciperentur creditores; vel nullus deberet esse usus renuntiationum scto, ne deciperentur feminae, quorum neutrum cum fiat, dolendum est praxin scti in foris nostris pertinere ad muscipulas et telas aranearum quibus capiantur incauti".—Boemer, *de efficaci mulierum intercessione*, Hal. Magd., 1718; Brenning, *de politia scti Velleiani*, Lipsi., 1754; Hackemann, *de injustitia scti Velleiani*, Francof. ad Viadr., 1776; H. C. Gerike, *de limitibus scti Vell.*, Gotting., 1795.

[2]) Этотъ пунктъ былъ, однако, споренъ.

[3]) Roeslin, *Abhandlung von besonderen weiblichen Rechten*, Stuttg., 1775—79, II, стр. 247 и слѣд.: Girtanner, *die Bürgschaft, Dogmengesch. des Mittelaters*, Jena, 1850, § 30.

[4]) Даже авторы, горячо возражающіе противъ практики отреченій, какъ напр., Томазій, признаютъ ея всеобщую распространенность.

присягой, или, наконецъ, специальнаго обращенія къ женщинѣ-должнику? Всѣ эти вопросы, долго обсуждавшіеся, были рѣшены въ смыслѣ, наиболѣе благопріятномъ для правоспособности женщины. Въ частности, предписанная Юстиніаномъ формальность публичнаго акта вышла вскорѣ изъ употребленія потому, что въ силу толкованія глоссы публичная интерцессія не имѣла иного преимущества передъ частной, кромѣ того, что она наступала не *ipso jure*, а *ope exceptionis*; на практикѣ это преимущество было прозрачно и безполезная форма публичнаго акта постоянно опускалась [1]).

Если мы теперь соберемъ вмѣстѣ всѣ внесенныя въ древній сенатусъ-консультъ ограниченія и смягченія, то намъ не трудно будетъ судить о разстояніи, отдѣляющемъ въ этомъ отношеніи чистое римское право отъ германскаго римскаго права. Практика умножила и облегчила въ такой степени средства уклоненія отъ дѣйствія закона, что надо было быть очень непредусмотрительнымъ или невѣжественнымъ человѣкомъ для того, чтобы попасть подъ дѣйствіе закона. Эти различныя средства обратились въ рукахъ нотаріусовъ даже въ особую отрасль знанія, которую называли *cautelae Velleiani*; длинное и многословное перечисленіе этихъ *cautelae* можно встрѣтить во всѣхъ сочиненіяхъ нѣмецкихъ практиковъ-юристовъ прошлаго вѣка [2]). Если женщина предлагала свое поручительство, то кредитору достаточно было добиться отъ нея присяги, отреченія, разрѣшенія опекуна, повторенія обязательства черезъ двухлѣтній промежутокъ времени, или расчитаться съ нею, подъ видомъ платы за интерцессію, какой-нибудь суммой денегъ: во всѣхъ этихъ случаяхъ интерцессія дѣлалась неуязвимой, и сенатусъ-консультъ обращался въ мертвую букву. Такимъ образомъ, законъ Веллейана испытывалъ на себѣ судьбу всѣхъ слишкомъ зажившихся учрежденій; практика, безсильная отмѣнить его, изобрѣтала всяческіе способы обхода, и нельзя удивляться, если многіе нѣмецкіе юристы, становясь на

---

[1]) Thomasius, въ цит. м., § 15; Engelbrecht, *de renunciatione scti Vellei. privato instrumento facta*, Goetting., 1749.

[2]) Stryk, *de cautelis contractuum*, Francof., 1743, sect. II, c. 6; Roeslin, *weibliche Rechte*, т. II, стр. 253.

чисто практическую точку зрѣнія, утверждали, что этотъ законъ потерялъ всякое значеніе [1]).

Параллельно этимъ успѣхамъ юриспруденціи и обычнаго права шло развитіе законодательства. Переносясь только на одно столѣтіе назадъ, мы видимъ, что Пруссія, Баденъ, Баварія, словомъ—большинство германскихъ государствъ, освящаютъ открыто въ своихъ партикулярныхъ законахъ древнее запрещеніе римскаго сената [2]). Рядомъ съ нѣкоторыми законами, смягчающими это запрещеніе [3]), мы находимъ другіе, старающіеся придать ему новую силу особыми мѣрами предосторожности. Такъ напр., по очень давнимъ распоряженіямъ графовъ Рейнскихъ [4]), женщина должна была являться въ судъ одна, въ отсутствіи кредитора, и, предупрежденная здѣсь надлежащимъ образомъ объ установленной въ ея пользу законной льготѣ, она присягала, поднявъ руку, въ томъ, что отказывалась отъ этой льготы; это удостовѣрялось протоколомъ, подписаннымъ какъ ею, такъ и судьей.

Переходя теперь къ болѣе новымъ законамъ, мы видимъ, что они или замѣняютъ сенатусъ-консультъ менѣе стѣснительными гарантіями, или совершенно отмѣняютъ его. Въ силу правительственнаго распоряженія 1789 г. для великаго герцогства Баденскаго, „всякое поручительство женщины, должнымъ образомъ совершенное и подписанное ею,—все равно, въ интересѣ ли посторонняго для нея лица или мужа,—будетъ имѣть такую же силу, какъ если бы это было поручительство мужа“ [5]). На основаніи

[1]) Eisenhardt, *Inst. juris Germ. privati*, III, 13, § 5: „Secundum hodierna Germaniae jura, fidejubere possunt omnes qui facultate se obligandi gaudent, imo etiam milites ac feminae“.

[2]) Preussische Hypothek. und Concursordnung, 1743, § 47, 50; Landrecht d. Markgr. Baaden u. Hochberg, 1710, th. IV, tit. XV, 4, 5; Churbayrisches Landrecht, I, 14; Churfürstlicher Pfalz b. Rhein Landrecht, 1700, th. II, tit. XI, 1.

[3]) Многіе городскіе статуты утверждаютъ интерцессію женщины, когда ее одобряетъ опекунъ или мужъ; такъ поступаютъ, напр., статуты Берлина (Fidicin, *Geschichte d. Stadt Berlin*, стр. 145), Нюрнберга (rev. Stadtrecht v. 1564, tit XIX, 5), Любека (см. ниже); Гамбурга, Кельна и т. д.

[4]) Rhein u. Wildgräfliche Landesordnung v. 1754, th. VII, 7 *Item*, реформированный статутъ Франкфурта 1611 г., ч. II, тит. XVI, 11.

[5]) Verordn. v. 1 Iuli 1789 (Bad. Regierungsbl., т. I, стр. 74). См. также Code Napoleon для герцогства Баденскаго, III, 14.

прусскаго кодекса 1794 г. для дѣйствительности интерцессіи довольно предостеречь женщину въ судебномъ порядкѣ о послѣдствіяхъ принимаемаго ею на себя обязательства, и лишь интерцессія жены въ пользу мужа требуетъ особаго участія и совѣта юриста [1]). Австрійскій кодексъ 1810 г. высказывается еще рѣшительнѣе: „Всякій, кому предоставлено свободное управленіе своимъ имуществомъ, можетъ, безъ различія пола, обязываться по долгамъ другого" [2]).

Достаточно сравнить даты этихъ различныхъ законовъ, чтобы предсказать судьбу сенатусъ-консульта Веллейана въ ближайшемъ будущемъ. Большой опасности онъ подвергается особенно въ наши дни. Германія не питаетъ болѣе къ римскому праву того суевѣрнаго уваженія, какое она чувствовала къ нему еще въ прошломъ вѣкѣ. Благодаря урокамъ исторической школы, она научилась разсматривать пандекты не какъ живое, а какъ мертвое законодательство, и, сбрасывая съ себя иго устарѣлыхъ текстовъ, она работаетъ теперь надъ тѣмъ, чтобы создать себѣ въ новыхъ и общихъ кодексахъ истинно національное право. Когда это дѣло будетъ окончено и Германія дастъ себѣ единый германскій законъ, что̀ станется съ сенатусъ-консультомъ Веллейана? Обратимся за отвѣтомъ на этотъ вопросъ къ самимъ нѣмцамъ и послушаемъ одного изъ лучшихъ знатоковъ по всему, что касается положенія старой и новой доктрины настоящаго вопроса. „Принимая сенатусъ-консультъ Веллейана, говоритъ Гиртаннеръ [3]), законодатель становится лицомъ къ лицу со слѣдующей альтернативой: или дозволить женщинѣ отрекаться отъ него, или запретить ей это отреченіе. Въ первомъ случаѣ сенатусъ-консультъ теряетъ на практикѣ всякое значеніе, и его цѣль, состоящая въ томъ, чтобы остеречь женщинъ отъ вступленія въ обязательства, не достигается. Во второмъ случаѣ онъ лишаетъ цѣлый классъ лицъ права вступать въ поручительство даже тогда, когда ихъ побуждаютъ къ этому самые уважительные мотивы. Для защиты женщины было-бы довольно предупреждать ее предварительно о послѣдствіяхъ

---

[1]) Preuss. allg. Landrecht, II, 1 § 342—49; Anhang, § 75.

[2]) Oesterreichisches Gesetzbuch (§ 1349): „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterscheid des Geschlechts Iedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht".

[3]) Girtanner, *die Bürgschaft*. Въ текстѣ резюмируются стр. 554 и 555.

заключаемаго ею обязательства и окружать это обязательство извѣстными формальностями. Итти далѣе значило бы не достигать цѣли, а переступать ее".

Я оставляю въ сторонѣ вопросъ, насколько правильна приведенная критика. Мнѣ достаточно теперь констатировать, что значеніе сенатусъ-консульта Веллейана въ современной Германіи болѣе номинально, чѣмъ дѣйствительно: сенатусъ-консультъ обходится практикой, осуждается наукой и подвергается съ каждымъ днемъ все бо́льшей и бо́льшей опасности отмѣны со стороны законодателя.

III.

Если вѣрить школѣ юристовъ, очень распространенной въ Германіи отъ XIII до XVII в., то пришлось бы признать, что опека надъ женщиной была не менѣе сенатусъ-консульта Веллейана чисто римскимъ учрежденіемъ. Если германская женщина состоитъ подъ опекой, говорили эти юристы, то это потому, что таковъ былъ въ древности законъ 12 таблицъ, отмѣненный лишь на половину императоромъ Клавдіемъ [1]). Если германскія женщины не могутъ вести дѣлъ на судѣ, то это потому, что одинъ римскій преторъ, утомленный приставаніями нѣкоей Кальпурніи, запретилъ всѣмъ женщинамъ выходъ на судъ [2]). Вотъ крайности до которыхъ дошло въ Германіи суевѣріе римскаго права!

Опека надъ женщиной вводитъ насъ, напротивъ, въ самую сердцевину германскаго права. Уже имя этой опеки указываетъ достаточно на ея характеръ и происхожденіе. Опекунъ женщины называется у древнихъ нѣмецкихъ авторовъ *vogt*, *kriegvogt*, что значитъ адвокатъ, борецъ, или тотъ, кто защищаетъ женщину и борется за нее—все равно, на судѣ или на поединкѣ. Очевидно,

---

[1]) „Usus autem et statuta multorum locorum *priscum jus* reducit" говоритъ Мевій (*Com. ad.*, *J. Lub.*, L. I, tit. X, art. 3) по поводу древне-римской опеки.

[2]) Саксонское Зерцало (Homeyer, Berlin, 1861), II, 63, S 1: „It ne mach nen wif vorspreke sin, noch ane vormünden klagen; dat verlos in allen calefurnia, die vor deme rike missebarde von torne, do ir wille an vorsprekene nicht ne muste vortgan".—Goerlitzer Landrecht (изд. Homeyr, Berl., 1844), c. 47, § 3

мы имѣемъ здѣсь дѣло съ той же опекой, которая намъ уже встрѣчалась въ древне-германскомъ и скандинавскомъ правѣ.

Можно было бы думать, что учрежденіе, коренившееся столь глубоко въ древне-германскихъ правахъ, имѣло больше шансовъ на продолжительное существованіе, чѣмъ такой экзотическій законъ, какимъ былъ сенатусъ-консультъ Веллейана. Но въ дѣйствительности прогрессъ нравовъ и законодательства освобождалъ постепенно женщину какъ отъ германской, такъ и отъ римской неспособности, и въ настоящее время оба учрежденія одинаково дискредитованы.

Объяснить упадокъ германской опеки не трудно, если принять въ соображеніе лежащій въ ея основаніи принципъ. Опека надъ женщиной въ Германіи была по существу утрежденіемъ патріархальнымъ и военнымъ, и той, и другой стороной оказывалась вдвойнѣ несовмѣстимой съ современными нравами и цивилизаціей.

Прежде всего, опека надъ женщиной составляла военное учрежденіе. Она получила начало отъ германскаго обычая судебнаго поединка [1]). У народа, не знавшаго, какъ это было уже показано, иного судебнаго производства, кромѣ поединка, тотъ, кто не владѣлъ оружіемъ, не могъ дѣйствовать и на судѣ, нуждаясь постоянно въ представителѣ или опекунѣ. А это военное происхожденіе германской опеки даетъ ключъ и ко всей ея организаціи. Право опеки въ древнихъ германскихъ законахъ было неразрывно связано съ другимъ правомъ — правомъ наслѣдованія боевому коню и семейному оружію. Право на это оружіе представляло, по тѣмъ же древнимъ законамъ, особое наслѣдованіе, въ которое право опеки входило, какъ бы, составной частью [2]), такъ какъ оружіе должно было оказывать покровительство и защиту всѣмъ слабымъ членамъ семьи. Поэтому опека могла принадлежать только тѣмъ, кто носилъ оружіе: сначала — однимъ дворянамъ и рыцарямъ потомъ—и горожанамъ, но никогда—крестьянамъ [3]).

---

[1]) Kraut, *die Vormundschaft nach den Grandsätzen des deutschen Rechts*, Göttingen, 1835—59; *contra* Rive, *Geschichte der deustchen Vormundschaft*, Brunsw., 1862—66.

[2]) *Hergevette, Heergeraethe.* Саксонское Зерцало, I, 23 § 1.

[3]) *Land-seten.* Сакс. Зерц., I, 27 § 2; ср. однако Швабское Зерцало (Senckenberg, *Corp. jur. germ.*, 1766, т. II), с. 8 § 7.

Эта опека охраняла всѣхъ кто не могъ биться самъ, т.-е. не только малолѣтнихъ и женщинъ, но и стариковъ за 60 лѣтъ (въ этотъ возрастъ дозволялось складывать оружіе и отказываться отъ поединка), и калѣкъ, и больныхъ, и клириковъ, и вольно отпущенниковъ [1]). Наконецъ, въ пользу всѣхъ этихъ лицъ, за исключеніемъ малолѣтнихъ, опекунъ вступался лишь по тѣмъ дѣламъ, которыя разрѣшались первоначально съ оружіемъ въ рукахъ, т.е. по дѣламъ судебнымъ [2]). Отсюда само собою понятно, почему германскіе законы называли опекуна *kriegsvogt*, т.-е. борцомъ.

Опека была, кромѣ того, учрежденіемъ патріархальнымъ. При господствѣ порядка, въ которомъ каждая семья сама управлялась собою и сама же пеклась о своей защитѣ, слабые члены семьи попадали необходимо въ зависимость отъ сильныхъ. Поэтому германское право, въ своей первоначальной простотѣ, не знало ни римской опеки по назначенію (tutela dativa), ни даже опеки по завѣщанію [3]). Опека не была еще въ это время долгомъ передъ государствомъ, налагаемымъ въ интересѣ подопекаемаго и отправляемымъ за счетъ этого послѣдняго подъ контролемъ публичной власти. Она была только правомъ семьи, правомъ исключительнымъ и суверенымъ, осуществляемымъ семьей свободно и безъ всякаго посторонняго контроля [4]).

Но германская опека утратила вскорѣ этотъ исключительно домашній и патріархальный характеръ. Она утратила его съ той поры, когда усилившаяся общественная власть взяла въ свои руки охрану интересовъ слабыхъ и угнетенныхъ. Съ этой же поры появляется совсѣмъ новое учрежденіе—опека публичнаго права или опека короля, занимающая самостоятельное мѣсто рядомъ съ частной опекой. Но начало этой королевской опеки было скромное: она лишь дополняла домашнюю опеку для тѣхъ, кто, какъ напр. незаконныя дѣти, не имѣли семьи и покровителя [5]). Однако, ма-

---

[1]) Саксонское Зерцало, I, 42, § 1; Gloss zu Sachsensp., I, 23; Goerlitzer Landrecht, c. 47 § 17 (Homeyer, стр. 224).

[2]) Сакс. Зерц., I, 42 и слѣд.

[3]) Kraut, *die Vormundschaft*, т. I, стр. 211 и слѣд.

[4]) Контроль надъ опекуномъ исполнялся только самой семьей. См. выше, стр., 192 Аугсбургскій статутъ 1276 г. (Walch, т. IV); Брауншвейгскій статутъ (Leibnitz, 439, 47).

[5]) Саксон. Зерц., III, 45, § 11.—То же самое примѣнялось къ евреямъ) (Schwabensp., c. 340 § 12) и иностранцамъ (Culmisches Recht (Thorn., 1584. II, 89).

ло-по-малу, эта опека выросла, поднялась надъ домашней опекой, подчинила ее своему контролю и кончила тѣмъ, что стала на ея мѣсто. Было признано, что одному королю принадлежитъ опека надъ всѣми неспособными, и что ни одинъ опекунъ не можетъ вступить въ отправленіе своихъ функцій, не будучи утвержденъ въ нихъ представителями публичной власти [1]). Если опека была прежде правомъ, то теперь она сдѣлалась обязанностью, налагаемой въ интересѣ подопекаемаго, отъ имени государства и подъ надзоромъ государства.

Упорнѣе держался военный характеръ опеки. При дѣйствіи феодальнаго порядка и германскихъ обычаевъ, правоспособенъ былъ только тотъ, кто умѣлъ владѣть оружіемъ, и женщины, наравнѣ съ малолѣтними и стариками, нуждались въ опекунѣ, готовомъ обнажить за нихъ свой мечъ [2]). Но въГерманіи, какъ и въ Англіи, и въ остальной Европѣ, феодализмъ утратилъ подъ конецъ свой военный и рыцарскій характеръ. Судебный поединокъ былъ уничтоженъ. Судебные споры рѣшались не мечомъ, а перомъ, и гражданская неспособность, вмѣстѣ съ вытекавшей изъ нея опекой, была связана съ этихъ поръ со слабостью—не физической, а нравственной.

Если бы человѣческая жизнь управлялась одной логикой, то это двойное измѣненіе въ характерѣ опеки должно было бы повести за собою немедленное устраненіе и опеки надъ женщиной. Дѣйствительно, эта опека не имѣла болѣе *raison d'être*: ее нельзя было оправдать ни интересами семьи,—такъ какъ функціи опекуна перестали быть правомъ, обратившись въ обязанность,—ни интересами самой женщины,—такъ какъ она не имѣла болѣе надобности въ ней,—и никогда ни римское, ни германское право не

---

[1]) Императорское распоряженіе 1548 г., tit. 31 § 2: „Dass ein jeglicher Vormunder,... sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". Но гораздо ранѣе этого распоряженія и уже съ XIII в. приведенное въ текстѣ положеніе установлено во многихъ сборникахъ обычнаго права, напр., Бернскаго (Berner Handfeste, 1218, art. 50), Сарребрукскаго (Saarbruck. Landr., 1321, c. VI, § 1), Эрфуртскаго (Erfürt. Stadtr., 1306, art. 9), Франкфуртскаго (1509 г.).—Ср. Heineccius, *de suprema principum magistratuumque tutela*, § 13—15.

[2]) См. выше, стр. 191 и слѣд.

считали женщины лишенной въ такой степени пониманія, чтобы не управиться собою и своимъ имуществомъ. Между тѣмъ, это древнее учрежденіе еще долго удерживалось силой какъ бы одной привычки. Но вотъ что доказываетъ его полное несоотвѣтствіе съ потребностями и идеями времени: юристы, начиная съ XIII вѣка, не могутъ болѣе понять ни источника, ни характера этого учрежденія. Источникъ его они разыскиваютъ въ пандектахъ и въ эдиктѣ римскаго претора, а основаніе—въ неопытности и слабости пола [1]). Искаженная и фальсифицированная этой смѣсью римскихъ идей, германская опека падала изъ вѣка въ вѣкъ, и здѣсь будетъ не лишнимъ указать на послѣдовательныя фазы этого искаженія и упадка.

Къ концу среднихъ вѣковъ, опека надъ женщиной уже исчезаетъ въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи. Юридическіе памятники Франконіи и Баваріи не представляютъ болѣе ея слѣдовъ [2]). Въ другихъ мѣстахъ она теряетъ въ своей силѣ: въ Сестѣ и Магдебургѣ [3]) женщинѣ позволяютъ выбирать самой своего опекуна, а въ Гоцларѣ и Эрфуртѣ [4]) ей разрѣшаютъ какъ отказываться по усмотрѣнію отъ привиллегіи опеки такъ и выступать въ этихъ случаяхъ одной. Другіе, менѣе многочисленные сборники обычнаго права уступаютъ, очевидно, вліянію римскаго права [5]) и преувеличиваютъ, напротивъ, строгость древне-германской опеки: приравнивая женщину къ малолѣтнему, они навязываютъ ей опекуна даже во внѣ-судебныхъ дѣйствіяхъ напр., въ обязательствахъ и договорахъ. Сюда принадлежатъ нѣкоторые

---

[1]) Саксон. Зерц., II, 63 § 1.

[2]) Kraut, *die Vormundschaft*, т. II, стр. 267.

[3]) Магдебургское право 1304 г., § 131 (Gaupp, *das Magdeb. u. Hall R.*, Breslau, 1826, стр. 314): „Hat ein vrowe icht zu voderne vor gerichte, da mus sie einen vormunden umme nemen, swer her ioch sie".—Aude Schrae v. Soest, art. 165 (Giraud, *Histoire du droit francais*, Paris, 1845, т. I, *preuves*, стр. 33).—Glogau. Rechtsb., c. 90 (Wasserschleben, *Rechtsquellen*, Giessen, 1860, стр. 12).

[4]) Gozlar. Statr. (Goeschen, Berlin, 1840, стр. 77, I. 46): „Wel se aver selve antwarden dat mach se don."—Erfurt. Stat. v. 1306, art. 26 (Walch, *verm. Beiträge*, Jena, 1771, т. I, стр. 110).

[5]) Это вліяніе сказывается, между прочимъ, въ допущеніи опеки по завѣщанію. Kraut, *die Vormundschaft*, т. I, стр. 212).

фризскіе статуты [1]) и статуты ганзейскихъ городовъ: Любека Гамбурга, Бремена, Ревеля [2]).

Между этими двумя крайними группами обычаевъ стоитъ общее право, представляемое въ особенности Саксонскимъ и Швабскимъ Зерцалами. Здѣсь, какъ и въ древне-германскомъ правѣ, опека имѣетъ чисто-судебный образъ: „Ни дѣвушка, ни жена не могутъ выступать на судѣ безъ опекуна; но ни дѣвушка, ни вдова не имѣютъ надобности въ опекунѣ для отчужденія своихъ имуществъ" [3]).

Этимъ судебнымъ опекуномъ для дѣвушки является ея ближайшій агнатъ [4]), а для жены — ея мужъ, власть котораго какъ на языкѣ, такъ и по духу германскаго права есть настоящая опека, предоставляющая, однако, мужу еще болѣе широкія полномочія, чѣмъ полномочія обыкновеннаго опекуна: въ Германіи, какъ и въ Англіи, мужъ имѣетъ въ своихъ рукахъ все имущество жены на основаніи одного брака съ нею [5]). При отсутствіи мужа или агната, женщина выбираетъ себѣ опекуна по усмотрѣнію и можетъ смѣнить

---

[1]) Emsiger Pfenningsch., § 11; die acht Domen, I (Richthofen, *Frisische Rechtsquellen*, Berl., 1840, стр. 196, 420).

[2]) Lüb. R. cod. I, 21 (Hach, Lübeck, 1829, стр. 191): „Nulla mulier potest bona sua impignorare, vendere vel dare sine procuratore, nec aliqua mulier potest carius fidejubere quam pro duobus nummis et dimidio sine mundibordio suo, id est *Vormunde*".—Hamb. Stadtr. v. 1270, V, 3 (Lappenberg, Hambourg, 1845): „Noch pape noch vrouwe... mach... gud uplaten noch vorgeven ane Vormund".—Hartung, *de Cura sexus... specialim Hamburgensis*, Goetting., 1791, стр. 69;—Bunge, *die Quellen des Revaler Stadtrechts*, Dorpat., 1842—46, Heft I, стр. 10.

[3]) Саксон. Зерц., I, 46: „Megede unde wif muten aver vormunden hebben an iewelker klage"; — I, 45, § 2: „Megede aver unde ungemannede wif verkopen ir egen ane ires vormünden gelof, he ne si dar erve to"— Eisenachisches Rechtsb., I, 121 (Ortloff. Jena, 1836, стр. 54): „Dye meyde und ouch die ledigen frowen, die zu iren jarin kommen sint, die mogin er gut vorgebin, vorkouffen, adder vorsetzin ane erin formunden".

[4]) Саксон. Зерц., I, 23.—Если въ этомъ случаѣ опекунъ могъ иногда воспротивиться отчужденію женщиной ея собственности, то онъ дѣлалъ это не въ качествѣ опекуна а въ качествѣ предполагаемаго наслѣдника Саксон. Зерц., I, 45, § 2.

[5]) Саксон. Зерц. I, 31, § 2: „Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter *vormuntscap*."—Шваб. Зерц., с. 313 § 1:" Ein wip mac ân irs mannes urlop ir guotes niht hin gegeben, weder eigen noch lipgedinge, noch zinsguot noch varende guot; daz ist dâ von, daz er ir *voget* ist"

его по каждому отдѣльному дѣлу [1]). Кромѣ того, всякій опекунъ долженъ быть утвержденъ судьей и можетъ въ случаѣ дурнаго управленія опекой, быть имъ смѣщенъ [2]); въ примѣненіи къопекѣ мужа, это смѣщеніе было равносильно нашему судебному раздѣлу имуществъ супруговъ [3]).

2. Начиная съ XVI в. древнія германскія традиціи все болѣе и болѣе забываются, а романисты, учителя юридическихъ школъ и, въ значительной части, судьи—стараются преобразовать всѣ національныя учрежденія въ римскія. Ничего не можетъ быть въ этомъ отношеніи любопытнѣе пріема, испробованнаго для того, чтобы переодѣть старую германскую опеку въ римскую одежду. Такъ какъ единственная опека, какую можно было найти въ пандектахъ, была опека надъ малолѣтними, то подчиненіе римскому праву опеки надъ женщиной требовало приравненія послѣдней къ малолѣтнему, и педантизмъ докторовъ права этого времени не отступилъ передъ этимъ средствомъ. Неспособная по сенатусъ-консульту Веллейана обязываться для другихъ, женщина была объявлена равно неспособной обязываться и для себя: она, какъ и малолѣтній, не могла дѣлать свое положеніе хуже того, чѣмъ оно было, и поэтому ее *возстановляли* въ прежнемъ состояніи даже по тѣмъ юридическимъ актамъ, которые утверждались ея опекуномъ [4]). На эту новую опеку были распространены и всѣ тонкости, относившіяся въ древней формѣ *auctoritas tutoris* [5]).

Наконецъ, дошли до того, что возложили на женщину обязанность отчета передъ опекуномъ какъ въ ея управленіи собствен-

---

[1]) Сакс. Зерц., I, 47: „To iewelkeme dinge mut de richtere wol sunderlike vormünden geven".

[2]) Шваб. Зерц., с. 324, § 12. „Wer seyn treue nit behaltet an den kinden oder an der frauen, der er pfleger ist, den soll man palmunden"—Сакс. Зерц., I, 41: „Man sal ine balemünden, dat is, man sal ime verdelen al vormuntscap".

[3]) Шваб. Зерц., с. 313 (ed. Senckenberg).

[4]) Jacobi, *de in itegr. restitutione mulierum*, Vitteberg., 1671.—Томазіусъ (*de exiguo usu scti Velleiani*) утверждаетъ, что эта доктрина была принята юриспруденціей въ началѣ XVIII в.: „Quae sententia etiam hodie (a. 1707) plerumque est recepta". Во всякомъ случаѣ эта странная доктрина торжествовала не долго, такъ какъ спустя полстолѣтіе практики отвергли ее, какъ ересь. Roeslin, *weibliche Rechte*, т. II, стр. 5.

[5]) См. судебныя рѣшенія, цитируемыя Roeslin'омъ, т. I, стр. 203.

нымъ имуществомъ, такъ даже и въ ея личномъ поведеніи. „Драгоцѣнный обычай, восклицаетъ одинъ нѣмецкій юристъ XVII в., полезный столько же для поддержанія добрыхъ нравовъ, сколько и для интересовъ дѣвушекъ и вдовъ, обычай котораго, — о горе!—не соблюдаютъ болѣе нигдѣ" [1]).

Практика и юриспруденція не замедлили, дѣйствительно, возстать противъ абсурдной доктрины, мнившей навязать Германіи, во имя римскаго права, учрежденія, которыхъ ни нѣмцы, ни сами римляне никогда не знали. Доводя до крайности опеку надъ женщиной, ускоряли лишь паденіе этого учрежденія. Множество государствъ исключили его изъ своихъ кодексовъ, и одинъ изъ вопросовъ, вызывавшихъ болѣе всего споровъ между нѣмецкими юристами прошлаго вѣка, былъ вопросъ о томъ, куда причислить опеку надъ женщиной: къ институтамъ общаго, или мѣстнаго и исключительнаго права? Трудно, дѣйствительно, представить себѣ что-нибудь болѣе смутное, чѣмъ состояніе различныхъ законодательствъ Германіи въ эту эпоху: здѣсь—нѣчто, въ родѣ римской опеки удерживающей женщину въ состояніи постояннаго малолѣтства [2]); тамъ—судебная опека древне-германскихъ обычаевъ [3]); въ одномъ мѣстѣ—опека факультативная, и женщина можетъ по своему усмотрѣнію либо подчиниться ей, либо избѣгнуть ея [4]); въ въ другомъ—эта опека совсѣмъ исчезаетъ [5]).

---

[1]) „Quod, proh dolor! apud nos et vicinis locis magna viduarum pernicie ex usu recessit, magna utilitate reducendum". Mevius, *ad J. Lubec.*, I, 7, art. 4, n. 10.

[2]) A. Ulm. Ges. u. Ordnung. v. 1612, th. II, tit. 13, § 2: „Voegt... von der Wittib aller Jaehrlich erbar und aufrechte Rechnung, von stucken zu stucken, eygentlich mit gutem Verstand nemen, und zuvorderst gute Achtung und Aufmerkan haben, ob es um die Wittib wol oder übel stehe". Власть опекуна была также очень обширна въ Вюртембергѣ (Würtemb. Landrecht v. 1610, th. II, tit. 26), въ Баденѣ (Bad. Landrecht v. 1710, th. IV, tit. 31, § 2; Bad. Verordn. v. 11 Iuni 1789, § 18) и въ ганзейскихъ городахъ (Lüb. rev. R. v. 1568, th. III, tit. 6. § 13; Hamb. rev. R. v. 1603, th. II, tit. 7, § 8).

[3]) Въ Саксоніи, въ Палатинатѣ и т. д. См. источники у Roeslin'a, т. I стр. 91 и слѣд.

[4]) Въ Пруссіи Königl. justiz-regl. v. 1739, § 142. См. также Roeslin, т. I, стр. 103 и слѣд.

[5]) Въ Австріи (Ordnung. u. Reform. d. Niderösterreich. Graffsch. v. 1552),—въ Баваріи (Gerichtsordn. d. Churfürst. Bayern, tit IV, art. 2), etc..—См. Roeslin, т. I. стр. 106 и слѣд.

3. Въ настоящее время болѣе не спорятъ о томъ, составляетъ ли опека надъ женщиной общее или мѣстное и особенное право: она является теперь исключеніемъ, дѣлающимся съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе рѣдкимъ. Ее послѣдовательно отмѣняютъ въ королевствѣ Вюртембергскомъ, въ великомъ герцогствѣ Баденскомъ, въ королевствѣ и герцогствахъ Саксонскихъ [1]). Въ нѣкоторыхъ государствахъ, гдѣ эта опека еще существуетъ,[2]) она сводится къ простой формѣ. „Женщина,—говоритъ Краутъ,—выбираетъ себѣ опекуна по собственному желанію; если онъ ей случайно противится, она его тотчасъ же смѣняетъ, чтобы замѣнить другимъ болѣе покладливымъ. Часто заставляютъ даже играть при судебныхъ актахъ роль опекуна судебнаго пристава или перваго встрѣчнаго". Единственный видъ опеки, сохраняющій еще значеніе и силу, опека мужа надъ женой, представляетъ собою ничто иное, какъ выраженіе супружеской власти, и не отличается по своимъ послѣдствіямъ, какъ это замѣчено самими нѣмцами [3]), отъ разрѣшенія мужемъ сдѣлокъ жены по французскому code civil.

Такимъ образомъ, опека надъ женщиной подвергается въ Германіи той же участи, что и сенатусъ-консультъ Веллейана. Оба учрежденія протягиваютъ свое существованіе до нашихъ дней, постоянно искажаясь и превращаясь въ чистую формальность, настолько же лишенную дѣйствительной пользы, насколько полную ловушекъ и опасностей. Какъ скоро женщина начинаетъ сама

---

[1]) Würtemb. Entwicklungsges. v. 21 Mai 1828, art. 2—4; Bad. Ges. v. 25 Aug. 1835; Code Napoléon для великаго герцогства Баденскаго, art. 776; Herz. Sachs.—Altenburg. Ges. v. 18 Nov. 1836; König. Sachs. Ges. v. 8 Jan. 1838; Grossherz. Sachs.—Weimar-Eisen. Ges. v. 2 Febr. 1839. Саксонско-Альтенбургскій законъ освобождаетъ женщину отъ опеки, но обязываетъ ее въ то же время прибѣгать къ помощи юриста при заключеніи договоровъ съ мужемъ или въ пользу мужа. См. также Наполеоновскій кодексъ для Бадена, § 515.

[2]) Напр., въ ганзейскихъ городахъ, въ части Гановера и т. д. См. Kraut, *die Vormundschaft*, т. II, стр. 313, 316; Zoepfl, *de tutela mulierum germ.*, Heidelberg, 1828.—*Недавно опека надъ женщиной была отмѣнена и въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ: въ Базелѣ-городѣ, въ 1876 (Annuaire de la Société de législation comparée, année 1877, p. 571), въ Аргау, въ 1877 (Annuaire, année 1878, p. 618), въ Базелѣ-сельскомъ, въ 1878, гг. (Annuaire, 1880, стр. 622).

[3]) Zoepfl, *deutsche Rechtsgeschichte*, I, 59.

выбирать себѣ опекуна и можетъ по усмотрѣнію призывать на помощь себѣ сенатусъ-консультъ или отказываться отъ него, законъ объ опекѣ и этотъ сенатусъ-консультъ перестаютъ защищать ее и обращаются въ западню для тѣхъ, кто договаривается или судится съ нею. Оба эти закона переживаютъ себя, и въ Германіи, какъ и въ Англіи, и во Франціи, правоспособность женщины, внѣ случаевъ брака, не будетъ скоро различаться ничѣмъ отъ правоспособности мужчины.

ГЛАВА IV.

Италія.

I.

Вотъ мы снова въ классической землѣ, бывшей отечествомъ римскаго права и въ продолженіе многихъ вѣковъ—центромъ міра. Время славы прошло, имперія цезарей пала, Римъ опустился на степень простой муниципіи, и другіе итальянскіе города такъ же стонали подъ игомъ варваровъ. Но даже въ этомъ униженномъ положеніи, Италія удерживала еще нѣкоторые слѣды своего прошедшаго величія. Ночь, окутавшая Европу при затмѣніи античной, цивилизаціи, была для Италіи, по счастливому выраженію Маколея „одной изъ тѣхъ лѣтнихъ ночей полярнаго круга, въ которую послѣдніе лучи заходящаго солнца едва успѣютъ скрыться съ горизонта, какъ уже начинаетъ загораться новый разсвѣтъ“ [1]). Долго еще послѣ нашествія варваровъ, Италія хранила подъ властью византійскихъ экзарховъ все, что оставалось отъ античнаго искусства и литературы, и уже за два столѣтія до Возрожденія античный міръ воскресъ въ памятникахъ архитектуры Николая Пизанскаго, въ поэмѣ Данте, въ преподаваніи юристовъ Болоньи и Падуи.

Италія, богатая еще драгоцѣннѣйшими памятниками прошлаго, была въ теченіе всей эпохи варварства и мрака среднихъ вѣ-

---

[1]) Macaulay, *Machiavelli* (Edinburgh Review, March, 1827).

ковъ центромъ цивилизаціи и очагомъ свѣта. Ни откуда, какъ изъ болонскаго университета, вышли тѣ глоссаторы, которые, уча повсюду римскому праву, открыли новые пути европейскимъ законодательствамъ. Изъ Рима же вышли тѣ каноны и декреталіи, которые дали всѣмъ католическимъ націямъ новыя учрежденія, новое судопроизводство, новую юриспруденцію. Опять въ Римъ, передъ судилище папы, стекались со всѣхъ концовъ христіанскаго міра [1]) труднѣйшіе и важнѣйшіе споры. Даже варварскіе законы получали подъ перомъ итальянскихъ юристовъ болѣе правильную и обработанную форму, и libri feodorum, созданные ломбардскими юристами, удостоились мѣста въ кодексѣ римскихъ законовъ, какъ общее законодательство всего феодальнаго порядка [2]). Словомъ, въ школахъ и въ судахъ ученой Италіи вырабатывалось то, что можно называть общимъ правомъ Европы въ средніе вѣка.

Но мы имѣемъ въ виду изучить здѣсь не это общее право европейскихъ народовъ, а партикулярное право Италіи. Существовало ли, однако, подобное право? Обладала ли въ дѣйствительности Италія, какъ Скандинавія или Англія, такимъ правомъ, которое принадлежало бы собственно ей, и которое можно было бы квалифицировать, какъ итальянское право? Сомнѣніе въ этомъ было бы позволительно лишь при поверхностномъ знакомствѣ съ исторіей Италіи. Съ перваго взгляда можетъ дѣйствительно казаться, что страна, которую оспаривала другъ у друга и дѣлила между собою такая масса иностранныхъ господъ, должна была мѣнять законы такъ же часто, какъ этихъ господъ, и не знать, по крайней мѣрѣ, до послѣдняго времени, благодѣянія однообразнаго и національнаго гражданскаго закона. Но это представленіе было бы обманчиво, такъ какъ гражданское право въ своей узкой сферѣ остается внѣ тѣхъ внезапныхъ бурь, которыя охватываютъ и опрокидываютъ публичное право: будучи вѣрнымъ и постояннымъ зеркаломъ характера народа, гражданское право измѣняется только съ этимъ послѣднимъ и, слѣдовательно,—не иначе, какъ путемъ медленнаго и правильнаго развитія. Подъ разнообразными и под-

---

[1]) См. въ Собраніи ордонансовъ французскихъ королей (т. XII, стр. 152) письмо Карла VI (1387 г.), гдѣ запрещено обращать впредь въ Римъ дѣла, подвѣдомственныя французскимъ судамъ.

[2]) Guy Pape, quaest. 297: „Constitutiones feodales, clausae in libris feudorum, faciunt jus commune apud omnes,... et sicut jus scriptum servantur".

вижными формами итальянскаго закона стоитъ твердое и постоянное основаніе: это—традиціи, завѣщанныя ему древнимъ Римомъ. Эти славныя традиціи составляютъ для Италіи какъ бы ея домашнее достояніе, и она считаетъ долгомъ чести хранить ихъ въ вѣка мрака и насилія. Несмотря на паденіе Имперіи, несмотря на столько повторенныхъ нашествій, она всегда остается латинской, какъ въ своемъ правѣ и нравахъ, такъ и въ литературѣ и искусствѣ. Въ Европѣ нѣтъ страны, которая была бы такъ часто добычей варваровъ, и между тѣмъ ни въ одной странѣ варвары не оставляютъ такъ мало слѣдовъ своего присутствія. Грубые воины Сѣвера, разъ спустившись въ мягкую Италію, таятъ, какъ снѣгъ въ тепломъ воздухѣ долинъ. „Кто смѣшивается съ итальянцами, — говоритъ готъ Кассіодоръ,—тотъ дѣлается скоро подданнымъ римскаго закона“ [1]). Этому вліянію не могутъ противостоять долго и лонгобарды, самые жестокіе изъ всѣхъ германцевъ. Имъ впрочемъ не удается никогда подчинить себѣ всю Италію, и даже въ самые мрачные дни ихъ тиранніи лучи греческой цивилизаціи освѣщали еще восточный берегъ полуострова, отъ Бари до Равенны.

Наконецъ, когда спустя нѣсколько столѣтій Констанскій миръ освободилъ италіанскіе города отъ ига чужеземцевъ и вернулъ имъ распоряженіе ихъ судьбами, они тотчасъ же, какъ бы, по природѣ вещей, завели у себя тѣ самыя античныя учрежденія, которыхъ они, повидимому никогда не забывали. Среди феодальнаго варварства, давившаго всю Европу, появилась вдругъ, въ Ломбардіи и Тосканѣ, цѣлая группа маленькихъ республикъ, организованныхъ по образцу греческихъ и латинскихъ демократій [2]). Сходство между тѣми и другими поразительное: тѣ же народныя собранія, тѣ же избираемые народомъ ежегодно консулы, тѣ же обязанные надзирать за нравами магистраты, тѣ же законы противъ роскоши, тѣ же искусства и даже тѣ же легкіе и испорченные нравы языческой цивилизаціи. Свобода въ этихъ демократіяхъ, какъ и въ древнихъ—не что иное, какъ участіе всѣхъ гражданъ въ отправленіи политической власти, часто притѣснительной и инквизиторской. Законъ разыскиваетъ и караетъ без-

---

[1]) „Juri romano servit quidquid sociatur Italiae“. *Varia*, I, 27; III, 43.

[2]) Othon de Freisingen, *de gest. Frider.*, I, стр. 240 (Basil., 1559): „In civitatum quoque dispositione ac reipublicae conservatione, antiquorum adhuc Romanorum imitantur solertiam“.

брачныхъ, таксируетъ брачные подарки, ограничиваетъ число приглашенныхъ на пиры. Публичное право господствуетъ и поглощаетъ гражданское; женщина, какъ въ античныхъ республикахъ, ограничена въ правоспособности и находится въ зависимости [1]).

Между тѣмъ мы видимъ здѣсь два новыхъ элемента, присоединяющихся довольно рано къ римскому праву—для того, чтобы образовать изъ него итальянское законодательство; это — право лонгобардское и право каноническое. Но ни то, ни другое не имѣли въ Италіи того преобладающаго вліянія, какое приписываетъ имъ господствующее мнѣніе.

Съ перваго взгляда можно было бы подумать, что нигдѣ каноническому праву нельзя было встрѣтить болѣе благодарную для себя почву, какъ въ столицѣ христіанскаго міра и въ странѣ, поставленной подъ прямую власть и непосредственное воздѣйствіе Святого Престола. Но это—чистая иллюзія, опровергаемая исторіей и не выдерживающая простого разсужденія. Ничего не могло быть болѣе несовмѣстимаго съ теократіей, какъ демократическія учрежденія и подвижный духъ итальянскихъ республикъ. Римскимъ понтифамъ было легче заставить слушать себя издалека, чѣмъ вблизи, и не одинъ папа, голоса котораго страшились на берегахъ Темзы или Одера, самъ дрожалъ и принужденъ бывалъ бѣжать отъ своихъ возставшихъ подданныхъ. Поэтому и каноническое право занимало всегда въ италіанскомъ законодательствѣ второстепенное мѣсто—далеко ниже какъ римскаго права, такъ и муниципальныхъ статутовъ. Даже въ Римѣ, когда сенаторы приносили въ Капитоліи возложенную на нихъ закономъ присягу, они клялись, прежде всего, въ томъ, что будутъ блюсти за примѣненіемъ гражданскаго, т.-е. древняго римскаго, а потомъ уже, если бы послѣдняго оказалось недостаточно, то и каноническаго права [2]).

---

[1]) Многіе изъ этихъ статутовъ были недавно переизданы. См. Monumenta hist. patriae (leges municipales, lib. jur. reip. Genuensis), Aug. Taur., 1838—57; Statuti inediti di Pisa, ed. Bonaini, Fior., 1854—57, т. I и III; Monumenta hist. ad provinc. Parmensem et Placentinam pertinentia (Statuta), Parmae, 1856—60; Consuet. Baresi, èd. Petroni, Nap., 1860; Statuti di Riva, ed. Gar et Cresseri, Trente, 1861.—*Обнародованіе итальянскихъ статутовъ продолжается непрерывно до сихъ поръ.

[2]) Stat. urbis Romae, 7 (ed. Fenzonio Romae, 1636, стр. 31): „Senator... juret... statuta facta et facienda, ut jacent,... et in casibus in quibus statuta

Вліяніе лонгобардскаго права было болѣе насильственно, но не болѣе глубоко. Нашествіе лонгобардовъ должно было, казалось, поглотить собою все. Но римская цивилизація, покрытая нѣсколько времени опустошительнымъ потокомъ, снова показывалась — по мѣрѣ того, какъ потокъ проходилъ и вступалъ въ свое естественное ложе. Феодальныя учрежденія, которыхъ сѣмена были заложены лонгобардскимъ правомъ, не могли никогда датѣ въ Италіи тѣхъ плодовъ, какіе они дали въ странахъ Сѣвера. Феодальная система—такъ же, какъ и теократія, была несовмѣстима съ демократическими нравами итальянскихъ городовъ. Власть принадлежала въ этихъ республикахъ не силѣ оружія, а силѣ богатства. Феодальная сила, всюду могучая, преклоняется здѣсь передъ народовластіемъ: въ то время, какъ скромныя общины Сѣвера, еще невполнѣ освобожденныя отъ крѣпостного права, считаютъ необходимымъ ставить свои рождающіяся вольности подъ опеку сюзереновъ, въ Италіи, напротивъ, сама знать ищетъ всячески права гражданства и предлагаетъ свой мечъ на службу городовъ. Иногда эти чрезвычайно мнительныя демократіи даже отталкиваютъ знать изъ своей среды: лишаютъ ее участія въ политическихъ правахъ и причисляютъ къ знати тѣхъ подозрительныхъ гражданъ, которыхъ имѣютъ въ виду разжаловать или изгнать [1]). Вотъ какъ случилось, что съ XII в. феодальное и лонгобардское право играли въ городскихъ статутахъ лишь субсидіарную роль [2]) и затѣмъ все болѣе и болѣе стирались—по мѣрѣ того, какъ исчезали сами статуты, и на ихъ мѣсто становились дѣйствующіе въ настоящее время общіе кодексы. Поэтому, переходя къ спеціальному разсмотрѣнію нашего предмета, мы различимъ въ исторіи итальянскаго законодательства три главныя эпохи: 1) эпоху лонгобардскихъ законовъ, открывающую средніе вѣка; 2) эпоху городскихъ статутовъ, отмѣчающую одновременно и конецъ среднихъ вѣковъ, и

---

aliquid non disponunt, jura civilia, et in eorum defectum, jura canonica observare et observari facere“.

[1]) „Chi teneva una casa nella città, era uguale al possessore d'un castello“, говоритъ одна старая пьемонтская поговорка. Sclopis, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte*, Tur., 1833, стр. 320.

[2]) См. ниже, стр. 291 Само jus feudorum опирается и ссылается на римское право. L. II, tit. 1.

начало новаго времени, и 3) эпоху общихъ кодексовъ, характеризующую современное законодательство [1]).

II.

Тутъ будетъ нелишнимъ войти въ нѣкоторыя подробности о лонгобардскомъ правѣ. Это право имѣетъ капитальное значенiе для нашей темы: оно одно изъ всѣхъ германскихъ законодательствъ содержитъ въ себѣ систематическiй и полный сводъ юридическихъ опредѣленiй о положенiи женщины. Поэтому большинство юристовъ, изучавшихъ этотъ вопросъ въ древней Германiи, основывались почти исключительно на законахъ короля Ротариса и Лiутпранда. Излагая недавно тотъ же вопросъ, я пытался пробить другой путь и доказывалъ, что вѣрнѣйшее средство проникнуть къ источникамъ германскаго права состоитъ въ изслѣдованiи скандинавскихъ законодательствъ. Теперь я хотѣлъ бы пополнить свои доказательства и показать, что искать эти источники въ лонгобардскомъ правѣ значитъ итти ложнымъ путемъ [2]).

Настоящiй вопросъ не можетъ считаться празднымъ, такъ какъ разница между тѣмъ и другимъ законодательствомъ очень значительна. Насколько скандинавскiй законъ мягокъ и великодушенъ къ женщинѣ, настолько лонгобардскiй суровъ и строгъ, въ чемъ многiе видятъ доказательство древности лонгобардскаго права. Но вѣрно ли это наведенiе? Не видимъ ли мы, напротивъ, что чаще всего положенiе женщины временно ухудшалось, когда народы оставляли патрiархальный бытъ, не перейдя еще къ цивилизованной жизни? Таково было именно и положенiе лонгобардовъ при ихъ водворенiи въ Италiи. Они покончили съ первобытными учрежденiями, описанными Тацитомъ и встрѣченными нами также у скандинавскихъ народовъ; условiя жизни завоевателей заставили

---

[1]) *Кромѣ цитируемыхъ авторомъ сочиненiй по исторiи итальянскаго права, нужно имѣть еще въ виду: Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*;—La Mantia, *Storia della legislazione civile et criminale di Sicilia comparata colle leggi italiane e estere*.

[2]) *Ср. Pertile, *Storia del diritto*, § 102, 109, 110, т. III, стр. 201 и слѣд., стр. 262 и слѣд.

установить у себя военный порядокъ, оказавшійся для женщины несравненно болѣе жесткимъ, чѣмъ порядокъ патріархальный.

Отъ почти безпорядочной независимости германской семьи лонгобарды перешли къ строгой военной іерархіи и лагерной дисциплинѣ. Древній германецъ принадлежалъ своей семьѣ; лонгобардъ же былъ, прежде всего, воинъ и принадлежалъ своему военному начальству. Кто не состоялъ воиномъ, тотъ былъ лишенъ всякой гражданской правоспособности и поставленъ подъ власть опекуна. Но эта опека перестала быть правомъ семьи и родомъ семейной собственности: высшимъ опекуномъ считался глава войска, король, и если родственники подопекаемаго пренебрегали его защитой, или злоупотребляли своей властью, королевскій судья исключалъ ихъ или отнималъ у нихъ опеку, переходившую къ королю. Поэтому мы находимъ у лонгобардовъ и постоянную опеку надъ женщиной, и *mundium*, институтъ, общій всѣмъ германскимъ народамъ. Но этотъ институтъ получилъ у лонгобардовъ особый характеръ: это—уже не домашняя власть, основанная на интересѣ семьи, а скорѣе военная власть, опирающаяся на интересъ государства. Отсюда, какъ мы это сейчасъ увидимъ, берутъ начало и менѣе ограниченная зависимость женщины, и болѣе тѣсная отвѣтственность опекуна.

Женщина, подчиненная *mundium*, поражена по лонгобардскому праву абсолютной неспособностью: она не отчуждаетъ безъ согласія опекуна ничего, даже движимости [1]), — все равно, если она даже совершеннолѣтняя или вдова. Законъ ставитъ ее до такой степени въ пассивное положеніе, что, совершая какое-либо преступленіе, она за него не отвѣчаетъ; отвѣчаетъ ея опекунъ—все равно, какъ собственникъ несетъ отвѣтственность за убытки, причиненные его рабомъ или животнымъ [2]). Нечего говорить, какъ сильно уклоняется по всѣмъ этимъ пунктамъ лонгобардскій законъ отъ всѣхъ другихъ германскихъ законодательствъ. Лонгобардское *mundium* тяготѣетъ не только надъ личностью, но и надъ имуществомъ женщины. Опекунъ владѣетъ ея имуществомъ, упра-

---

[1]) Edict. Rothar., 205: „(Mulier) semper sub potestate viri aut potestate curtis regiae debeat permanere; nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cujus mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi“.

[2]) L. Liutpr., 146.

вляетъ имъ, пользуется, наслѣдуетъ ему [1]), и если подопекаемой наносится оскорбленіе, дающее ей право на вознагражденіе, это послѣднее выплачивается опекуну [2]). Все это составляетъ особенность лонгобардскаго законодательства: среди всѣхъ германскихъ кодексовъ оно одно дѣлаетъ изъ права законнаго наслѣдованія принадлежность и привиллегію власти, носящей *mundium* [3]).

Такимъ образомъ, *mundium* становится правомъ, приносящимъ выгоду: оно можетъ, какъ и всякое другое имущество, продаваться, покупаться и отыскиваться по суду. Ничего въ этомъ отношеніи нѣтъ любопытнѣе лонгобардскихъ формулъ: мы видимъ въ нихъ отца и мужа, отыскивающихъ на судѣ дочь и жену тѣми же исками, какими собственникъ отыскиваетъ свой домъ или свое поле [4]); мы видимъ здѣсь и опекуна, уступающаго состоящую подъ его опекой женщину другому опекуну—совершенно въ тѣхъ же формахъ, какими пользуется и собственникъ раба при продажѣ послѣдняго [5]). Эта передача *mundium* происходитъ при выдачѣ подопекаемой замужъ,—*tradita ad uxorem*: опекунъ продаетъ за извѣстную цѣну супругу свое *mundium* на новобрачную. На этомъ актѣ слѣдуетъ остановиться, такъ какъ въ лонгобардскихъ законахъ эта распоряженіе вызывало болѣе всего недоразумѣній и споровъ.

Одни смѣшивали передачу *mundium* въ данномъ случаѣ съ самимъ бракомъ и думали, что у лонгобардовъ, какъ первобытнаго народа, бракъ совершался покупкой невѣсты. Но лонгобардскій за-

---

1) Это право наслѣдованія, сначала абсолютное (Ed. Rothar., 188; Gloss. Veronens. ad Ed, 153, ap. Walter, т. I, стр. 704), было потомъ ограничено Ліутирандомъ. L. Liutpr., 14.

2) Объ этомъ правѣ слѣдуетъ сказать то же, что и о предыдущемъ: оно было абсолютно въ началѣ (Ed. Roth., 186, 187, 202) и ограничено позднѣе (L. Liutpr., 31).

3) Kraut, *die Vormundschaft*, Goett., 1835, т. I, стр. 392.

4) Ed. Rothar., 182, form 2, 3 (Walter, т. I, стр. 712): „Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine Dariam suam mundoaldam. Ipsa mea est mundoalda“...

5) Form. longob. 21 (Walter, т. III стр. 557): „Seneca, per hanc crosnam. mitte sub mundio hanc cum omnibus rebus... quae ei pertinent, et mundium et crosnam trade“...—Ed. Roth., 183: „Ipsa per manum retradatur sicut priori (mundoaldo) tradita fuerit. Nam aliter sine traditione nullam rerum dicimus subsistere firmitatem“.

конъ вовсе не былъ такъ первобытенъ и грубъ, какъ это предполагаютъ: покупка *mundium* и бракъ составляютъ въ этомъ законѣ два различныхъ и независимыхъ другъ отъ друга акта. Покупка *mundium* для лонгобардскаго супруга — то же, чѣмъ для римлянъ временъ 12 таблицъ было пріобрѣтеніе *manus*. Пока супругъ не оплачивалъ *mundium*, супруга оставалась подъ опекой своихъ родственниковъ, которые продолжали пользоваться ея имуществомъ и наслѣдовали ему въ случаѣ ея смерти. Но по уплатѣ цѣны *mundium* мужъ вступалъ во владѣніе всѣмъ имуществомъ жены и въ случаѣ ея смерти наслѣдовалъ ему одинъ [1]).

Не менѣе обыкновенно и опасно другое смѣшеніе: это—отождествленіе покупки *mundium* съ *meta*, т.-е. съ дареніемъ, совершаемымъ мужемъ своей новой супругѣ. По мнѣнію многихъ авторовъ, *meta* есть не что иное, какъ очищенное и преобразованное *mundium*; покупка невѣсты переходила, какъ будто, постепенно со смягченіемъ нравовъ, въ дареніе, дѣлаемое женихомъ самой невѣстѣ. Но для того, чтобы это было такъ, чтобы оба эти учрежденія можно было считать не сосуществующими, а стоящими въ порядкѣ преемственной связи между собою, необходимы были бы два условія: во-1-хъ, *meta* сначала не должна была бы существовать; во-2-хъ, *mundium* должно было бы прекратить свое существованіе съ возникновеніемъ *meta*. Но то и другое условіе одинаково отсутствуютъ: *meta*, несомнѣнно, извѣстна еще во время Тацита [2]), а *mundium* такъ же несомнѣнно существуетъ въ своей древней формѣ и во время Гримоальда и Ліутпранда [3]). Слѣдовательно, передачу *mundium* не слѣдуетъ смѣшивать ни съ установленіемъ приданаго, ни съ совершеніемъ брака; это—совсѣмъ отдѣльный актъ, составляющій, и по формѣ, и по послѣдствіямъ, особенность лонгобардскаго права [4]).

---

[1]) Ed. Rothar., 188, form. 2: „Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi „terram" malo ordine in tali loco.—Ipsa terra mea propria est de parte meae mulieris.—Non debes eam succedere quia non fecisti mundium.—Aut probet quod mundium fecit, aut perdat terram per hanc legem".

[2]) Тацитъ, *de mor. germ.*, 18.

[3]) L. Liutpr., 127, 139.

[4]) Присоединить къ нему слѣдовало бы, можетъ-быть, и Lex saxonum (VI, 1; VII, 3; VIII, 1, 3). Ср. ниже, кн. IV, гл. 1, § 1; Rive, *de dote qualis sit in antiquis Germanorum leg.*, Bonae, 1852; Schroeder, *de dote sec. leges gentium germanicarum antiq.*, Berol., 1861.

Послѣдствія *mundium*, будучи независимы отъ брака, не прерываются его прекращеніемъ: если мужъ умираетъ, то его *mundium* переходитъ къ наслѣдникамъ, наравнѣ со всѣмъ прочимъ имуществомъ. *Mundium* есть, дѣйствительно, имущественное право, пріобрѣтаемое за деньги и связанное не съ личностью мужа, а съ его имуществомъ: поэтому оно составляетъ и часть наслѣдства. Вдова остается, такимъ образомъ, зависимой, неправоспособной и чужой въ своей собственной семьѣ: если она вступаетъ во второй бракъ, то новому мужу отдаютъ ее наслѣдники стараго, и они же получаютъ отъ перваго и цѣну за перепродаваемое ему *mundium* [1]). Вспомнимъ, что по скандинавскимъ законодательствамъ вдова освобождалась, напротивъ, отъ всякой опеки, возвращалась въ собственную семью и дѣлалась сама опекуномъ своихъ дѣтей.

Но какъ ни обширно по лонгобардскому закону право опекуна, оно все-таки не верховно: надъ нимъ стоитъ и его контролируетъ высшая власть,—власть короля, отправляющаго лично или черезъ своихъ судей верховную опеку надъ всѣми неспособными. Если законный опекунъ не исполняетъ своихъ обязанностей, то выступаетъ королевскій судья и переноситъ опеку на лицо, имъ самимъ избираемое [2]). То же самое онъ дѣлаетъ и въ томъ случаѣ, если законный опекунъ злоупотребляетъ своей властью, обращаясь дурно съ подопекаемымъ или разоряя его, и это смѣщеніе, угрожающее всякому недостойному опекуну, можетъ поразить даже самого мужа при неисполненіи имъ супружескихъ обязанностей [3]).

---

[1]) Ed. Rothar., 183: „...Ipsa per manum simil modo retradatur sicut priori marito tradita fuerit".

[2]) L. Longob., II, 48, 1; III, 39.

[3]) Grimoaldi, 6: „Si quis uxorem suam absque culpa postposuerit et aliam in domum super eam duxerit,... mundium... mulieris ejusdem quam postposuerit amittat".—L. Liutpr., 120: „Mala tractatio est si... vestimentum aut calceamentum, secundum qualitatem personae vel pecuniae, mulieri non dederit".—Оскорбленія считались также основаніемъ для смѣщенія опекуна: „Si quis de puella libera aut muliere mundium in potestate habens... ei crimen injecerit quod adulterasset, tunc amittat mundium ipsius puellae. — Si quis mundium de puella libera aut muliere habens, eam *strigam*, qnod est *masca*, clamaverit,... amittat mundium ipsius, ut supra". Ed. Rothar., 195, 197.—Но отмѣна законной опеки не могла, кажется, распространяться ни на отца ни на брата. Ed. Rothar., 195, 197.

Это—опять особенность лонгобардскаго закона, которую было бы напрасно искать въ другихъ кодексахъ [1]).

Мы имѣемъ теперь передъ глазами самыя выдающіяся черты лонгобардскаго закона, и по нимъ можемъ судить, насколько этотъ оригинальный и характерный законъ уклоняется отъ всѣхъ другихъ германскихъ законодательствъ. Окруженные и угрожаемые со всѣхъ сторонъ итальянской цивилизаціей, обаянію которой уступили передъ ними всѣ другіе варвары, лонгобарды не могли противостоять тому же обаянію, не обостривъ своихъ національныхъ учрежденій и не придавъ имъ тѣхъ строгихъ и рѣзкихъ формъ, въ которыя эти учрежденія не облекались никогда другими мирными племенами Германіи и государствами Сѣвера. Эта особая эволюція германскаго права среди дикихъ соратниковъ Албоина была, какъ бы, крайнимъ и послѣднимъ усиліемъ учрежденій, стоявшихъ близко къ гибели. Лонгобардскому праву не суждено было, дѣйствительно, господствовать долго надъ Италіей. Тогда какъ по ту сторону Альпъ и въ странахъ Сѣвера германское обычное право развивалось изъ вѣка въ вѣкъ, вровень съ успѣхами цивилизаціи, переходя постепенно значительной своей частью въ дѣйствующія и нынѣ законодательства, въ Италіи, напротивъ, варварскіе законы застыли въ узкихъ и неподвижныхъ формахъ лонгобардскаго кодекса и уступили мало-по-малу свое мѣсто болѣе широкимъ и человѣческимъ принципамъ римскаго права, передавъ современнымъ законодательствамъ лишь рѣдкіе и слабые слѣды своего минутнаго владычества.

III.

Первые законодательные памятники, на которыхъ можно констатировать упадокъ лонгобардскаго и возрожденіе римскаго права, представляютъ собою статуты итальянскихъ республикъ. Въ этихъ новыхъ муниципіяхъ, блиставшихъ роскошью и искусствами среди варварства среднихъ вѣковъ, ожила, казалось, вся античная цивилизація. Ихъ законы, какъ гражданскіе, такъ и политическіе, были законами древняго Рима, и каждая изъ новыхъ республикъ

---

[1]) Kraut, т. I, стр. 400.

могла бы записать на заголовкѣ своего кодекса слова статута г. Пизы: „Законъ этого города есть римскій законъ, смѣшанный съ нѣкоторыми остатками лонгобардскаго закона“ [1]). Но замѣчательное дѣло! Эти рѣдкіе остатки лонгобардскаго закона, сохраненные республиканскими статутами, составляли какъ разъ тѣ распоряженія, которыя поражали женщину неспособностью и безсиліемъ. Женщина была свободнѣе и лучше защищена въ скромныхъ и бѣдныхъ общинахъ сѣверныхъ государствъ, нежели въ богатыхъ и цвѣтущихъ городахъ Ломбардіи и Тосканы. Это не должно, однако, насъ удивлять, такъ какъ, если итальянскимъ республикамъ не былъ чуждъ внѣшній блескъ древнихъ демократій, то онѣ не были лишены и ихъ скрытыхъ пороковъ; нравы въ нихъ были изящны, но испорчены [2]); публичная жизнь дѣятельна и плодотворна, но она поглощала человѣка цѣликомъ и не оставляла мѣста семейной жизни. Словомъ, подражаніе древности, какъ въ дурномъ, такъ и въ хорошемъ, было полное, и отсюда слѣдовала неизбѣжно приниженная правоспособность женщины [3]).

Такъ, между древними лонгобардскими и феодальными законами есть одинъ, который мы встрѣтимъ вскорѣ во всѣхъ муниципальныхъ статутахъ безъ исключенія: это — законъ, отдающій всегда преимущество мужчинѣ передъ женщиной въ порядкѣ законнаго наслѣдованія [4]). Права, которыя женщина можетъ имѣть

---

[1]) Stat. Pisana, ann. 1161, proem: „Pisana itaque civitas, a multis retro temporibus vivendo *lege romana, retentis quibusdam de lege longobarda*“. Эти и другіе итальянскіе статуты цитируются по сочиненію Ганса, *das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Stuttgardt, 1829, t. III.

[2]) Печальныя свидѣтельства распущенности нравовъ можно найти въ самихъ статутахъ: въ нихъ, напр., часто встрѣчаются и повторяются распоряженія, запрещающія предаваться разврату въ мѣстахъ священныхъ. Sclopis, *Histoire de la législ. ital.*, т. II, стр. 28 (французскій переводъ, Парижъ, 1861).

[3]) *Pertile, *Storia*, §§ 102, 107, 109, 111, 112, т. III, стр. 206, 241, 268, 280.

[4]) Stat. Mutinae, II, 149 (Mutinae, 1547, т. II, fol. 60): „Ut consulamus agnationi, quam divitiis abundare valde cupimus, ordinamus... succedant agnati masculi... exclusis sorore vel sororibus, matre, avia“... Etat, Genuae, V, 2 (Genuae, 1609, fol. 168); Stat. Cremonae, 357 (Cremonae, 1578), Stat Papiae, 95 (Ticini, 1590).—„Per universam Italiam, говоритъ кардиналъ de Luca (*de statutariis successionibus*, Lugd., 1597, III, 1), jure communia et universalia sunt hujus modi statuta tendentia ad finem conservationis bonorum in agnationibus“.

въ имуществѣ своей семьи, сводятся почти во всѣхъ этихъ статутахъ къ простому приданому, и тѣ же статуты стремятся гораздо больше установить высшій, нежели низшій предѣлъ этого приданаго [1]). Какъ объяснить такое единодушіе многочисленныхъ и различныхъ статутовъ? Можно ли приписывать его, вмѣстѣ съ большинствомъ авторовъ, упорной живучести феодальныхъ учрежденій и удержанію знатью вліятельнаго положенія въ итальянскихъ городахъ? Но я уже указывалъ на то, что власть въ этихъ городахъ принадлежала не знати, а богатымъ. Кромѣ того, феодальными вліяніями женщина была бы исключена только изъ наслѣдованія феодальному имѣнію, лену, тогда какъ муниципальные статуты исключали ее равнымъ образомъ изъ всякаго рода наслѣдованія. Слѣдовательно, основанія этого исключенія слѣдуетъ искать не въ феодальной системѣ, а скорѣе въ организаціи италіанскихъ республикъ.

Тѣснясь другъ возлѣ друга въ территоріи, слишкомъ узкой для ихъ честолюбія, всѣ эти маленькія государства преслѣдовали горячо одну и ту же цѣль,—цѣль поднятія своего могущества насчетъ сосѣдей,—и такъ какъ могущество этихъ торговыхъ республикъ состояло въ ихъ богатствѣ, то каждая изъ нихъ слѣдила ревниво за тѣмъ, чтобы ни одна часть этого богатства не эмигрировала въ сосѣдніе города. Вотъ откуда вышло столько ограничительныхъ законовъ относительно торговли и обращенія имуществъ, и вотъ чѣмъ объясняется исключеніе женщинъ изъ законнаго наслѣдованія: имущество удерживалось въ семьѣ для того, чтобы оно не уходило за предѣлы города. Многіе статуты шли даже такъ далеко, что запрещали всѣмъ гражданкамъ бракъ съ иностранцами [2]). Всѣ статуты ограничивали имущество женщины, стѣсняя строжайшими нормами не только наслѣдованіе ея по закону, но и приданое, и даренія, могущія ей быть сдѣланными. И эти ограниченія были продиктованы, какъ видно, не феодальнымъ а республиканскимъ духомъ, почему Верри сравниваетъ ихъ не

[1]) Такъ, напр., статуты Кремоны (rubr. 357), Равенны (III, 12, 15, ap. Fantuzzi, *Monumenti Ravennati*, IV) и т. д. требуютъ, чтобы приданое не превышало законной наслѣдственной доли.

[2]) Требовали, чтобы мужъ обязывался жить въ городѣ и получалъ разрѣшеніе на это отъ подесты. Stat. Pisauri, II, 92, 93 (Pisauri, 1531); Stat. Senogaliae, II, 116, 117 (Pisauri, 1584).

безъ основанія съ древними законами римской республики: „Наши предки, говоритъ онъ, вернулись къ тому древнему закону наслѣдованія 12 таблицъ, который былъ заброшенъ Юстиніаномъ“ [1]).

Но разорить женщинъ было недостаточно: нужно было, какъ и въ античныхъ демократіяхъ, закрѣпить еще ихъ зависимость. Вотъ мы и видимъ, что въ большинствѣ муниципальныхъ статутовъ появляется снова древне-лонгобардское *mundium*. До конца среднихъ вѣковъ опекуна женщины называютъ еще въ просторѣчіи *monovaldo*, а обычай, подчиняющій женщину этой опекѣ, называютъ *лонгобардскимъ закономъ* [2]). Такими опекунами остаются все, какъ и во времена Ротариса и Ліутпранда, отецъ женщины, ея сынъ, агнатъ, мужъ. Въ нѣкоторыхъ городахъ женщина не можетъ обходиться даже разрѣшеніемъ мужа, къ которому должно присоединяться еще разрѣшеніе двухъ ея агнатовъ, освѣдомляющихся о томъ, дѣйствуетъ ли она вполнѣ свободно или подъ давленіемъ супружеской власти [3]). При отсутствіи опекуна, разрѣшеніе на сдѣлки жены можетъ быть даваемо и судьей, который тоже освѣдомляется, во всякомъ случаѣ, передъ сосѣдями и друзьями женщины, объ основаніяхъ и условіяхъ заключаемой ею сдѣлки [4]). Наконецъ, нѣкоторые статуты не довольствуются подчиненіемъ женщины даже постоянной опекѣ: они запрещаютъ ей также появленіе въ судахъ, на общественныхъ собраніяхъ, въ

---

[1]) Verri. *Constit. dom. Mediolan., prodr.*, Mediolani, 1747, p. v.: „Quae omnia manifeste demonstrant, majores nostros maximum atque perpetuum studium contulisse ad agnationem conservandam, pro veteri XII Tabularum jure a Justiniano postea immutato.

[2]) J. Villani, II, 9 (ap. Muratori, *rer. ital. script.*, т. XIII, стр. 71): E feciono la legge que ancora si chiama *Longobarda*, e tengono ancoraai Pugliesi e gli altri Italiani in quella parte, dove danno *monualdo*, overe il volgare *movaldo*, alle donne, quando s'obbligano in alcuno contratto; e fu buona e giusta leggo“.—Слово *mundualdus* встрѣчается опять въ статутахъ Флоренціи и Пистоіи XV и XVI вв. По старому статуту Пистоіи XII в. (Muratori, *Antiq. Ital.*, t. IV, diss. 50), *mundualdo* получаетъ еще, выдавая замужъ подопекаемую цѣну того *mundium*, которое онъ передаетъ.

[3]) Charta estensis, a. 1017 (Muratori, *Antiq. Ital.*, t. IV, diss. 20): „...A quibus (germanis meis) interrogata et inquisita sum, si ab ipso jugale et mundualdo meo, vel a quemlibet hominem, aliquam me pati violentia an non“...

[4]) Stat. Mutinae, II, 110 (t. II, fol. 48): „...Et dictus judex teneatur tunc perscrutari diligenter a dictis vicinis causas contraetus,... in quo ipsius conscientiam oneramus“.

похоронныхъ процессіяхъ. Для полноты сходства съ античными республиками недостаетъ только магистрата, поставленнаго за тѣмъ, чтобъ „наставлять мужей и отцовъ къ исправленію ихъ женъ и дочерей", — аѳинскаго *gynaiconomos* или римскаго цензора [1]).

Такимъ образомъ, итальянскіе статуты сохранили всѣ распоряженія лонгобардскаго права, стѣснявшія права женщины. Но что они сдѣлали съ тѣми его распоряженіями, которыя устанавливали привиллегіи въ ея пользу? Нѣкоторые слѣды *morgengab* и *meta* еще удерживаются, но уже достаточно стертые вліяніемъ римскаго права. Институтъ германскаго приданаго, образуемаго изъ имущества мужа, долженъ былъ развиться и сдѣлаться плодотворнымъ во Франціи и въ сѣверныхъ государствахъ, гдѣ онъ положилъ начало порядку общенія супруговъ въ ихъ имуществѣ. Въ Италіи, напротивъ, германское приданое отодвигается постепенно на задній планъ римскимъ, которое приносится женой, и этотъ порядокъ римскаго приданаго, называемый иначе дотальнымъ порядкомъ, ассимилируетъ себѣ какъ *morgengab*, такъ и *meta*, сообщая имъ новыя формы и новое назначеніе. *Morgengab* обращается статутами въ *donatio ante nuptias*, т.-е. въ простой акцессуаръ и гарантію приданаго, приносимаго женой; *meta* становится четвертой частью наслѣдства (наслѣдственной квартой) Новелы, придаткомъ къ приданому нашихъ провинцій „писаннаго права" (pays de droit écrit) [2]). Это вліяніе римскаго права сказывается уже въ послѣдній періодъ господства лонгобардскаго права— въ тѣхъ распоряженіяхъ короля Ліутпранда, которыя ограничиваютъ размѣръ *morgengab* и *meta* неподвижнымъ максимумомъ и запрещаютъ будущему супругу всякія иныя даренія въ пользу жены [3]).

Такимъ образомъ, римское право снова подчинило Италію своей власти: оно измѣнило и преобразовало по своему образцу всѣ тѣ обычаи варваровъ, которые ему не удалось разрушить. Германское приданое превратилось въ *donatio ante nuptias; mun-*

---

[1]) См. выше, стр. 94.

[2]) Stat. Veronae, 174, (Venet., 1747): Faciam (uxures) contentas esse in tantum de bonis mariti, quantum fuerit *dos, et donatio pr. nuptias, meta, vel quartisio*".

[3]) L. Liutpr., II, 1; VI, 35.

dium — въ опеку римскаго типа съ *restitutio* въ пользу жены въ случаѣ нарушенія ея права [1]), и даже привиллегіи мужскихъ наслѣдниковъ и агнатовъ были сведены юристами того времени къ началамъ древняго квиритскаго права. Но рядомъ съ этими институтами, въ которыхъ элементъ римскаго права былъ представленъ только заимствованной изъ него формой, нужно поставить институты—римскіе по самому своему происхожденію.

Это, прежде всего — приданое: мы находимъ его въ итальянскихъ республикахъ среднихъ вѣковъ такимъ же, какимъ оно было въ древнемъ Римѣ — съ его привиллегированнымъ правомъ залога, съ его неотчуждаемостью принадлежащей къ нему недвижимости [2]), съ его раздѣльностью интересовъ супруговъ и вытекающимъ отсюда запрещеніемъ имъ взаимныхъ дареній. Не довольствуясь запрещеніями римскаго права, статуты даже преувеличиваютъ иногда ихъ строгость: постоянно озабоченные тѣмъ, чтобы не допускать перемѣщенія богатства и обѣднѣнія города, они запрещаютъ супругамъ щедрость даже въ ихъ завѣщательныхъ распоряженіяхъ и доводятъ свое недовѣріе къ нимъ до того, что регламентируютъ до мелочей и свадебные подарки, и ручное приданое новобрачной [3]).

Наконецъ, еще одинъ запретительный законъ дополняетъ укладъ приданаго и гарантируетъ имущество жены отъ злоупотребленій супружеской власти: это—сенатусъ-консультъ Веллейана. Онъ царитъ по всей Италіи. Истолковывающая его доктрина—та же, что и ученіе глоссаторовъ, уже приведенное мною при обозрѣніи германскихъ законодательствъ. Но Италія болѣе, чѣмъ Германія, осталась вѣрной духу римскаго закона: она поняла, что дѣйствительная польза Веллейановскаго запрещенія лежитъ въ санкціи, вносимой имъ въ режимъ приданаго. Поэтому въ старой итальянской юриспруденціи сенатусъ-консультъ Веллейана является

---

[1]) Декретъ Фр. Сфорца 1457 г. (Cremon., 1578, стр. 259): „Ne mulieres inducantur ad faciendum contractus ex quibus laedantur, cum non intelligant quid faciant, propter quod multae deceptae et fraudatae fuerunt".

[2]) Даже согласіе жены не можетъ сдѣлать отчужденіе дѣйствительнымъ.—De Luca, *Theatrum ver. et. just.*, lib VII, de alien., pars III, c. 5.

[3]) Stat. Romae, 135 (Fenzonio, стр. 283): „Donatio inter virum et uxorem, sponsam et sponsam, non valeat, nec praesumatur,... sed quoad anulum subarhationis, *qui debeat esse sine lapide*, donatio praesumatur et valeat". См. также неизданные статуты, цитируемые Гансомъ, т. III, стр. 279 и слѣд.

только прибавленіемъ къ Lex Julia [1]). Большинство статутовъ запрещаетъ интерцессію женщины лишь въ томъ случаѣ, если она происходитъ въ пользу мужа; но въ этомъ случаѣ запрещеніе абсолютно, и недѣйствительность интерцессіи не покрывается здѣсь ни отреченіемъ женщины отъ привиллегіи сенатусъ-консульта, ни даже ея присягой.

IV.

Таково было италіанское право на исходѣ среднихъ вѣковъ Я долженъ былъ остановиться нѣсколько времени на забытыхъ теперь законахъ, такъ какъ Италія не знала болѣе великой эпохи въ своей исторіи. Только тогда, если имѣть въ виду одно прошлое, Италія, получивъ на минуту свободу, могла развернуть въ законодательствѣ, въ изящной литературѣ и въ искусствѣ всѣ силы своего генія. Но это время славы было, къ сожалѣнію, очень коротко: цивилизація подъ этимъ счастливымъ небомъ оказалась слишкомъ скороспѣлой, чтобы сдѣлаться прочной и плодотворной. Не во-время распустившись, въ глубинѣ средневѣкового варварства, она была предназначена завянуть слишкомъ рано и не оставить послѣ себя тѣхъ плодовъ, которые она обѣщала дать. XVI вѣкъ, открывшій для народовъ Сѣвера эру прогресса и свѣта, былъ для италіанскихъ городовъ началомъ упадка. Говорить-ли о томъ, что сталось съ муниципальными статутами ломбардскихъ и тосканскихъ городовъ, когда эти гордыя демократіи склонились подъ игомъ чужестранцевъ? Это были бы печальныя и безполезныя воспоминанія. Развитіе гражданскаго права шло изъ живого источника политической свободы и національной независимости; какъ скоро этотъ источникъ изсякъ, остановилось и то развитіе. Но несмотря на всѣ измѣненія, произведенныя чужеземными вліяніями, итальянское право оставалось тѣмъ, чѣмъ оно было по своему происхожденію, и не порывало никогда цѣпи традиціи. Перенесемся теперь въ новое время и бросимъ бѣглый взглядъ на это разнообразное и разнородное законодательство, дѣйствовавшее

---

[1]) Stat. Mutinae, II, 110 (т. II, fol. 48); Stat. Gennae, IV, 201 (стр. 159, 160); Pragmaticae Regn. Neapol., tit. *ad Vellei.*, 1.—Но нѣкоторые суды, болѣе проникнутые каноническими доктринами, какъ, напр., папскій судъ въ Римѣ, не отказывали никогда въ силѣ присягѣ. De Luca, въ цит. м.

еще такъ недавно по ту сторону Альпъ. Мы найдемъ здѣсь тѣ же двадцать разъ вѣковыя учрежденія, которыя мы только что оставили въ статутахъ, и которыя, устоявъ въ теченіе среднихъ вѣковъ противъ всѣхъ нашествій варваровъ, оказали сопротивленіе и въ новые вѣка всѣмъ успѣхамъ цивилизаціи.

На первомъ мѣстѣ слѣдуетъ указать на преимущество, оказываемое мужскимъ наслѣдникамъ при наслѣдованіи по закону и законномъ раздѣлѣ наслѣдства. Дочь имѣетъ, какъ мы видимъ это, напр., въ моденскомъ кодексѣ, или половинную долю сравнительно съ сыновьями при наслѣдованіи родителямъ, или, какъ въ сардинскомъ законодательствѣ, совершенно исключена изъ наслѣдованія своими братьями [1]). Затѣмъ нужно вспомнить о запретительныхъ распоряженіяхъ сенатусъ-консульта Веллейана. Не довольствуясь возстановленіемъ этихъ распоряженій, тѣ же кодексы усиливаютъ ихъ строгость: женщина объявлена неспособной не только къ поручительству, но и къ какому бы то ни было дарственному акту [2]). Законы Рима и Тосканы идутъ еще далѣе: женщина поражена здѣсь общей неспособностью, и ея положеніе приравнено къ положенію малолѣтняго или расточителя; будучи даже замужемъ и совершеннолѣтней, она не можетъ вступить ни въ одинъ договоръ безъ разрѣшенія судьи. Но это не все: она исключена не только изъ прямого, но и изъ бокового наслѣдованія—до третьей степени; все ея имущество состоитъ въ приданомъ, которое, какъ бы мало оно ни было, считается достаточнымъ, если оно позволяетъ ей вступить въ честный бракъ; и это приданое она не можетъ вытребовать ранѣе 25-лѣтняго возраста, до достиженія котораго ея права ограничиваются тѣмъ, что она только питается на счетъ своихъ агнатовъ, и въ домѣ одного изъ нихъ [3]).

---

[1]) Сардинскій кодексъ, 20 іюня 1837 г., ст. 942—948; Моденскій кодексъ 25 окт. 1851, ст. 911.

[2]) Сардинскій кодексъ, ст. 1124, 2054; Моденскій кодексъ, ст. 2035.

[3]) См. для папскихъ владѣній *Moto proprio* 10 ноября 1834 г., ст. 11, 21—30, 52 („I contratti dei pupilli... e delle donne, anche maggiori o maritate, non saranno validi se il giudice competente non abbia, con suo decreto, fatto loro abilità, ne singoli casi'di contrattare e di obligarsi)“, 53—58;—для Тосканы—законы 18 авг. и 15 нояб. 1814; Forti, *Analisi della legge del 18 ag.* 1814 (Opp., т. III, стр. 628, Флор., 1864).

Въ настоящее время эти устарѣлые законы уступаютъ мѣсто новому законодательству: кодексъ Виктора Эммануила дѣйствуетъ теперь отъ Альпъ до Сицилiи [1]), и привиллегiи агнатства, постоянная опека надъ женщиной, сенатусъ-консультъ Веллейана оставили навсегда и почву Италiи. Одинъ лишь Вѣчный городъ, всегда вѣрный своему прошлому, сохраняетъ еще благочестиво эти послѣднiе остатки учрежденiй другого времени. Весь остальной полуостровъ пользуется уже благодѣянiемъ гражданскаго закона, стоящаго на высотѣ современныхъ успѣховъ цивилизацiи и науки.

Одинъ изъ основныхъ принциповъ новаго кодекса есть равенство гражданскихъ правъ для обоихъ половъ. Этотъ принципъ ограничивается, какъ и у насъ, только въ одномъ случаѣ; это— при встрѣчѣ съ принципомъ супружеской власти. Однако, въ способѣ организацiи этой супружеской власти итальянскiй кодексъ отличается отъ нашего многими подробностями, на которыя нелишнее указать [2]).

1) Разрѣшенiе мужа не составляетъ необходимости, если мужъ несовершеннолѣтенъ, расточителенъ, отсутствуетъ или приговоренъ къ извѣстнымъ наказанiямъ. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ надобности прибѣгать, какъ это дѣлается у насъ, къ судебному разрѣшенiю; такъ какъ единственнымъ основанiемъ ограниченной правоспособности женщины остается еще супружеская власть, то женщина получаетъ полную правоспособность съ того момента, когда ея супругъ теряетъ таковую.

2) Разрѣшенiе мужа не требуется и послѣ разлученiя отъ стола и ложа. Если это разлученiе совершилось по винѣ жены, то разрѣшенiе мужа замѣняется разрѣшенiемъ суда; но если виновенъ былъ мужъ, то не требуется болѣе никакого разрѣшенiя.

3) Мужъ можетъ при посредствѣ публичнаго акта дать женѣ и общее разрѣшенiе, которое онъ всегда, однако, воленъ и отмѣнить. Ничто не препятствуетъ и тому, чтобы это разрѣшенiе было установлено въ самомъ брачномъ договорѣ.

4) Разрѣшенiя мужа не достаточно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда супруговъ раздѣляетъ какая-либо „противоположность интереса“: когда, напр., жена хочетъ вступить въ договоръ съ мужемъ,

---

[1]) Декретъ 25 iюня 1865 объявляетъ новый гражданскiй кодексъ прiемлющимъ силу съ 1-го января 1866 г.

[2]) Codice civile del regno d'Italia, art. 134—136.

обязаться, поручиться за него и т. д.; во всѣхъ этихъ случаяхъ необходимо участіе суда. Гарантія этого участія замѣняетъ здѣсь съ выгодой старый сенатусъ-консультъ; она дополняетъ лучше, чѣмъ этотъ послѣдній, систему неотчуждаемости приданаго. Законодательство,—которое, въ противоположность нашему, возвело систему приданаго въ общее правило, а изъ общности имуществъ супруговъ сдѣлало исключеніе, устанавливаемое договоромъ, должно было принять мѣры къ охранѣ имущества жены противъ злоупотребленій не только власти, но и вліянія мужа. Впослѣдствіи, при изученіи французскаго закона, мы будемъ имѣть случай вернуться еще къ этимъ распоряженіемъ кодекса Виктора Эммануила. Тогда мы лучше разберемся въ ихъ значеніи и, можетъ-быть, признаемъ, что новое законодательство Италіи разошлось въ настоящемъ случаѣ съ нашимъ только для того, чтобы сдѣлать еще шагъ по пути прогресса.

ГЛАВА V.

Испанія.

I.

Испанія не менѣе Италіи представляетъ въ своемъ законодательствѣ разительную противоположность народамъ Сѣвера Европы. Оба южныхъ полуострова слѣдуютъ одному и тому же вліянію: оба остаются римскими какъ по языку, такъ и по законамъ. И между тѣмъ ихъ раздѣляетъ одна важная черта: въ Италіи господствуетъ, въ формѣ оставленныхъ здѣсь традицій, античный Римъ, отечество классическаго права и столица цезарей; католическую Испанію покоряетъ новый Римъ, резиденція папы и столица католическаго міра. Въ Италіи, даже въ папскихъ владѣніяхъ, католическое право стоитъ всегда на второмъ планѣ за древнимъ римскимъ; въ Испанію же—этотъ, по выраженію одного испанскаго юриста [1]), рай церкви—римское право не проникаетъ иначе, какъ въ видѣ тѣни каноническаго и подъ покровитель-

---

[1]) Valiente, *Apparatus jur. publ. hispan.*, L. II, c. 8.

ствомъ церкви. Этотъ каноническій и теократическій духъ отличаетъ испанское законодательство отъ всѣхъ другихъ европейскихъ законодательствъ. У народа, который, говоря языкомъ древнихъ хроникъ, „далъ болѣе 3700 сраженій врагамъ христіанскаго имени“, и который въ теченіи восьми столѣтій отстаивалъ свое отечество, борясь во имя креста, религіозное чувство должно было слиться естественно съ чувствомъ отечества, и религіозный законъ—объединиться съ гражданскимъ, подчинивъ себѣ этотъ послѣдній.

Вскрывая объемистый сборникъ испанскихъ законовъ, имѣющихъ силу еще въ наше время, мы повергаемся въ немалое изумленіе, находя въ нихъ съ первыхъ же страницъ полный катихизисъ, излагающій всѣ тайны католическаго вѣроисповѣданія, въ формѣ статей законовъ. Въ слѣдующемъ титулѣ мы находимъ теологическое разсужденіе, на пространствѣ 129 параграфовъ, о доктринѣ священныхъ таинствъ. Немного далѣе, въ отдѣлѣ уголовныхъ законовъ, мы нападаемъ на дѣленіе преступленій, неизвѣстное нашимъ криминалистамъ,—дѣленіе по грѣхамъ смертнымъ и грѣхамъ, подлежащимъ искупленію. Еще любопытнѣе главы, посвященныя браку и супружескимъ отношеніямъ: здѣсь законодатель врывается съ оскорбляющей часто нескромностью въ такія тайны, которыя занимаютъ лишь казуистовъ, или раскрываются на исповѣди [1]).

Въ этомъ теократическомъ характерѣ испанскаго законодательства лежитъ объясненіе и его долговѣчности. Почему законодательство народа, судьбы котораго были такъ безпокойны и измѣнчивы, оставалось постояннымъ и почти неподвижнымъ? Почему одна между всѣми европейскими странами Испанія сохранила и въ наши дни законы, данные ей еще во время нашествія варваровъ въ VI в.?—А потому что, основанные на народной волѣ, законы другихъ народовъ были такъ же измѣнчивы и хрупки, какъ эта воля; напротивъ, въ Испаніи законъ человѣческій стремился быть отраженіемъ закона божескаго и остаться незыблемымъ и вѣчнымъ [2]).

---

[1]) Las siete Partidas, part. I, tit 3, ley 4; part. IV, tit. 2, ley 9; Recopiacion, L. I, tit. 1, ley 1; L. VIII, tit. 20, ley 7.

[2]) Partid. I, tit. 1, ley 6: „Tomadas fueron estas leyes de dos cosas: la una de las palabras de los santos que fablaron espiritualmente lo que conviene a bondat del cuerpo e à salvamiento del alma, la otra de los dichos de los sabios etc“. Recopilacion, L. II, tit. 1, ley 1.

Онъ могъ, какъ и каноническій законъ, получать изъ вѣка въ вѣкъ *дополненія* и освѣщенія, но онъ не могъ быть, по своему принципу, ни уничтоженъ, ни реформированъ. Въ Испаніи смѣнилось много законовъ и много кодексовъ, но никогда никакой кодексъ не отмѣнялъ предыдущаго. За вестготскимъ *Fuero Juzgo* послѣдовали *Las siete Partidas* Альфонса Мудраго; за *Recopilacion* Филиппа II—*Recopilacion* 1805 г.; но эти законодательства не уничтожали другъ друга, а громоздились другъ на друга, и въ основаніи современнаго намъ испанскаго права лежитъ еще старый готскій кодексъ.

Поэтому, если изучать испанское право только въ его общихъ кодексахъ, то нельзя встрѣтить законодательства, которое было бы по виду такъ просто, однообразно и согласовано въ своихъ частяхъ. Но намъ приходилось уже видѣть болѣе, чѣмъ на одномъ примѣрѣ, что писанный законъ не всегда служитъ вѣрнымъ выраженіемъ закона жизни, и что обычаи и народная практика противорѣчатъ нерѣдко оффиціальной рѣчи законодателя. Это именно мы видимъ и въ Испаніи. Изучая учрежденія этой страны не по тѣмъ оффиціальнымъ формуламъ, въ которыхъ они рисуются ея кодексами, но по всѣмъ тѣмъ документамъ, въ которыхъ обнаруживается юридическая жизнь народа, т.-е. по его хартіямъ, дипломамъ, *fueros* или муниципальнымъ статутамъ, насъ поражаетъ зрѣлище совсѣмъ новаго законодательства: это уже не однообразные и неподвижные законы, а разнообразные и подвижные обычаи; это не ученое подражаніе каноническому и римскому праву, а обычаи варваровъ въ ихъ наивной суровости; это, германское право, сохранившееся здѣсь почти съ такой же вѣрностью, какъ и въ Германіи или на Скандинавскомъ полуостровѣ.

Эта противоположность между писаннымъ правомъ и обычаемъ, между теоріей и практикой,—противоположность, нигдѣ не выступающая съ такой рѣзкостью, какъ въ древнемъ испанскомъ законодательствѣ,—объясняется опять, если я не заблуждаюсь, теократическимъ характеромъ этого законодательства. Испанскій законодатель слишкомъ идеалистиченъ, чтобы быть практичнымъ: онъ ищетъ, не останавливаясь передъ туманомъ метафизики, абсолютную истину и справедливость; ему нѣтъ дѣла въ большинствѣ случаевъ до общества, предоставленнаго его управленію, до его предразсудковъ, привычекъ и потребностей. Съ варварами, едва вышедшими изъ

лѣсовъ Германіи, *Fuero juzgo* говоритъ абстрактнымъ и утонченнымъ языкомъ философіи и преподаетъ этимъ варварамъ доктрину монархіи божественнаго права [1]). *Las siete Partidas* хочетъ навязать феодальному обществу равный раздѣлъ наслѣдства, какъ „наиболѣе соотвѣтствующій закону правды и привязанностямъ умершаго“ [2]). Но теоріи не имѣютъ власти искоренять изъ нѣдръ народа его нравы и вѣковыя воззрѣнія. Испанское дворянство отстояло свои феодальныя привиллегіи, города удержали свои статуты, и въ теченіи всѣхъ среднихъ вѣковъ обычное право и писанный законъ, мѣстное и общее право—оспаривали другъ у друга и дѣлили между собою власть законодательства.

Съ началомъ новой исторіи борьба утихаетъ и подготовляется работа единенія. Усиливающаяся королевская власть отбираетъ мало-по-малу у дворянства и городовъ ихъ гражданскую автономію и политическую независимость, обезпечивая преобладаніе за общими кодексами и идеями каноническими и римскими. Нѣкоторыя германскія учрежденія, переживающія паденіе феодальныхъ властей и муниципальныхъ свободъ, переходятъ сами изъ мѣстнаго права въ общее и находятъ себѣ мѣсто послѣдовательно въ *Leyes de Toro* Фердинанда и Изабеллы, въ *nueva Recopilacion* Филиппа II, въ *novissima Recopilacion* Карла IV. Правда, что всѣ эти сборники законовъ представляютъ собою скорѣе компиляціи, чѣмъ кодексы: элементы каноническій и римскій, германскій и феодальный здѣсь сближаются и переплетаются, но еще не объединяются и не сливаются. Но въ настоящее время національныя различія, кажется, сглаживаются, и одинъ и тотъ же импульсъ влечетъ къ общей цѣли всѣ европейскія законодательства. Эта работа кодификаціи, уже отмѣченная нами въ Англіи, Германіи, Италіи, совершается и въ Испаніи, гдѣ мы также замѣчаемъ стремленіе къ согласованію разнородныхъ учрежденій. Дѣло уже начато: Испанія имѣетъ свои кодексы торговаго и процессуальнаго права; она имѣетъ даже свой проэктъ гражданскаго кодекса, который оффиціально обнародованъ уже болѣе 10 лѣтъ тому назадъ

---

1) Fuero juzgo, L. II, tit 1, ley 34.
2) Partid., VI, tit. 13, ley 3.

и получить, будемъ надѣяться, законодательную санкцію [1]). Въ этихъ законодательныхъ работахъ, выдающихъ въ каждой строкѣ подражаніе французскому закону, германскія и римскія традиціи приводятся въ счастливое сочетаніе, и довольно сравнить эти работы съ *Fuero juzgo*, чтобы прійти къ убѣжденію, что и испанское законодательство, несмотря на свою видимую неподвижность, не могло отрѣшиться вполнѣ отъ общаго закона прогресса.

II.

Монтескьё, сравнивая между собою варварскія „правды" выражается такимъ образомъ: „Въ законахъ салическомъ и рипуарскомъ мы видимъ удивительную простоту. Но вестготскіе законы отличаются дѣтскимъ характеромъ: они неловки, идіотичны и не достигаютъ своей цѣли; исполненные реторики и пустые по смыслу, они легкомысленны въ своемъ содержаніи и великолѣпны только по стилю (Esprit des lois, кн. XXVIII, гл. 1).

Безпристрастная критика не разъ возражала противъ преувеличенной строгости этого приговора: законодательство, управлявшее великимъ народомъ въ теченіи 12 вѣковъ и сопутствовавшее ему до самаго вступленія его въ новую цивилизацію, не могло быть ни дѣтскимъ, ни идіотическимъ, и если оно не во всѣхъ отношеніяхъ заслуживаетъ одобренія философа, то историкъ никогда не откажетъ ему въ правѣ на уваженіе. Но что глубоко вѣрно въ наблюденіи нашего великаго публициста, это—отмѣчаемый имъ контрастъ между закономъ вестготовъ и законодательствами всѣхъ другихъ германскихъ народовъ. По содержанію, какъ и по формѣ, *Forum judicum* рѣзко расходится со всѣми варварскими законами: вмѣсто приговора на основаніи поединка передъ присяжными или посредниками, онъ устанавливаетъ сложное судопроизводство съ разслѣдованіемъ основаній права и обстоятельствъ дѣла передъ судьями, назначаемыми королемъ; вмѣсто германскаго *mundium*, онъ вводитъ римскую опеку; вмѣсто семейной собственности — свободу завѣщанія; наконецъ, вмѣсто зависимости гражданской способности отъ физической силы

[1]) Торговый кодексъ 1829 г., процессуальный кодексъ (ley de enjuiciamento) 1856 г., проектъ гражданскаго кодекса, обнародованный при ордонансѣ 12 іюня 1851 г.

и умѣнія владѣть оружіемъ, онъ ставитъ правоспособность въ зависимость отъ религіознаго исповѣданія и обряда крещенія. Человѣкъ становится членомъ гражданскаго общества, вступая не въ ряды войска, а въ лоно Церкви, и дитя, не получившее крещенія, не можетъ наслѣдовать даже своимъ родителямъ, ни оставить имъ свое наслѣдство. „Ибо, говоритъ вестготскій законодатель, было бы несправедливо, если бы отецъ наслѣдовалъ земнымъ благамъ, оставленнымъ его дитятей, когда это самое дитя, лишенное крещенія, не могло бы пріобрѣсти небеснаго наслѣдства въ вѣчной жизни [1]).

Уже эти краткія замѣчанія о вестготскомъ законѣ даютъ возможность опредѣлить его происхожденіе. Если онъ обращается къ германцамъ, то не отъ нихъ, конечно, идетъ его начало: метафическія теоріи и пышная реторика не могли выйти изъ собраній воиновъ на Мартовскихъ или Майскихъ поляхъ. *Fuero juzgo* есть произведеніе испанскихъ епископовъ, соединенныхъ на соборѣ въ Толедо. Міряне на подобные соборы допускались лишь въ небольшомъ числѣ и по спеціальному приглашенію епископовъ или короля [2]). „Въ Испаніи, говоритъ одинъ знаменитый историкъ [3]), духовенство не входитъ въ собраніе народа, но открываетъ народу свое собраніе". „Мы, священники, говорятъ сами епископы въ *Fuero juzgo*, поставлены нашимъ Господомъ Іисусомъ Христомъ управлять народами и служить ихъ глашатаями; мы получили власть связывать и развязывать, и наше благословеніе утверждаетъ власть королей" [4]). Въ силу этихъ принциповъ испанскіе епископы выбирали монарховъ и диктовали какъ гражданскій, такъ и политическій законъ. Поэтому нельзя удивляться, если вестготскій кодексъ представляетъ собою не сборникъ германскихъ обычаевъ,

---

[1]) Fuero juzgo, L. IV, tit. 2, ley 17.

[2]) D. J. Sempere, *Historia del derecho eospanol*, Мадридъ 1846, стр. 71. „En los concilios germanicos asistia y votaba todo el pueblo: á los Toledanos solamente concurrian los obispos, y algunos grandes: y estos no porderecho de su clase, sino por comisiones particulares de los soberanos... Los obispos suscribian en primer lugar, y como autores de los cànones. Los legos no firmaban sino despues de los ecclesiàsticos, y solamente como testigos".

[3]) Гизо, *Исторія представительнаго правленія*, 26-ая лекція.

[4]) Fuero juzgo, Exord., *de la eleccion de los principes*: „Los cuales hemos sido constituidos por nuestro senor Iesu Cristo rectores y pregoneros de los pueblos".

подобный другимъ варварскимъ кодексамъ, а такъ сказать, собраніе церковныхъ каноновъ.

Благодаря такому именно характеру, *Fuero jurgo* и имѣетъ для насъ особенное значеніе. Намъ важно знать, что католическая церковь среднихъ вѣковъ думала о гражданскихъ правахъ и обязанностяхъ женщины, и въ этомъ отношеніи даже каноны не могутъ освѣдомить насъ лучше, чѣмъ вестготскій законъ.

Что бы ни говорили слишкомъ исключительные почитатели этого закона, онъ во многихъ отношеніяхъ не можетъ считаться впереди германскихъ сборниковъ обычнаго права. Въ то время, какъ сѣверные кодексы усиливали наказаніе за преступленіе, когда жертвой его дѣлалась женщина, *Fuero jurgo* уменьшало его: оно понижало въ этомъ случаѣ размѣръ пени, налагаемой на убійцу, и жизнь женщины въ тарифѣ композицій закона вестиготовъ стоила, въ общемъ, два раза дешевле жизни мужчины. Тогда какъ сѣверные кодексы обобщали и сливали имущественные интересы обоихъ супруговъ, испанскій законъ ихъ разобщалъ и отдѣлялъ: онъ затруднялъ или запрещалъ даренія супруговъ другъ другу и превращалъ *morgengab* въ родъ тѣсно ограниченной *donatio propter nuptias* [1]). Въ подобныхъ ограниченіяхъ, попадавшихся намъ лишь въ Италіи, но совершенно чуждыхъ германскимъ идеямъ, и продиктованныхъ недовѣріемъ, которое видѣло въ основаніи отношеній супруговъ другъ къ другу больше соперничества, чѣмъ общности интересовъ, нетрудно признать духъ, проникавшій организацію приданаго въ древнемъ Римѣ. Поэтому мы увидимъ вскорѣ, что та же организація приданаго, покровительствуемая каноническимъ правомъ, распространяется по всему полуострову и сопровождается всѣми тѣми ограниченіями правоспособности и запрещеніями, которыя составляютъ ея необходимое дополненіе: запрещеніемъ дареній между супругами, неотчуждаемостью приданаго и, наконецъ, сенатусъ-консультомъ Веллейана, нигдѣ не примѣнявшимся съ такимъ постоянствомъ и съ такой строгостью.

Но это лишь одна сторона готскаго закона. Съ другой стороны, хотя и менѣе либеральный, чѣмъ другіе германскіе законы, онъ не такъ суровъ и не такъ грубъ, какъ эти послѣдніе. Устра-

---

[1]) L. Wisig., III, I, 5; V, II. 7; VIII, IV, 16.



няя право мести и судебный поединокъ, онъ устраняетъ и нѣкоторые источники *mundium*: съ изданія вестготскаго закона, женщина не стоитъ болѣе подъ опекой; она можетъ даже выступать на судѣ и подлежитъ въ этомъ отношеніи лишь древнему запрещенію преторскаго эдикта дѣйствовать на судѣ для другого [1]). Болѣе того: женщина можетъ сама сдѣлаться опекуномъ, такъ какъ для этого нужно быть теперь не вооруженнымъ борцомъ, а простымъ управителемъ чужого имущества. Съ этихъ поръ законъ можетъ довѣрить вдовѣ опеку надъ ея дѣтьми, и отцовская власть, основываясь на природѣ и естественной привязанности, дѣлится между обоими супругами [2]). Но это не единственная реформа, которой испанскій законодатель опережаетъ современный ему варварскій вѣкъ. Въ то время, какъ большинство германскихъ законодательствъ предоставляетъ владѣніе землей только тѣмъ, кто достаточно силенъ, чтобы отстаивать его противъ вооруженнаго нападенія, *Fuero juzgo* установляетъ равный раздѣлъ наслѣдства между наслѣдниками обоего пола: „ибо справедливо,— говоритъ законодатель,—чтобы порядокъ наслѣдованія не раздѣлялъ болѣе тѣхъ, кого соединила сама природа" [3]). Наконецъ, проповѣдуя безбрачіе, вестготскій законъ освящаетъ, тѣмъ не менѣе, энергичнѣе, чѣмъ это дѣлаетъ какой бы то ни было иной варварскій законъ, уваженіе къ брачному союзу и его неразрывности [4]).

По этому краткому очерку вестготскаго закона можно судить уже объ его дѣйствительно исключительномъ характерѣ. Составленный для германцевъ, онъ представлялъ собою копію римскаго права; предназначенный для варваровъ, онъ носилъ во всѣхъ своихъ частяхъ печать высшей цивилизаціи; написанный для завоевателей, онъ выводилъ, тѣмъ не менѣе, всякое право и всякую власть не изъ матеріальной силы, а изъ нравственнаго авторитета. И какъ этотъ кодексъ отличался отъ всѣхъ другихъ своимъ характеромъ, такъ онъ отличался отъ нихъ и своей судьбой: переживъ всѣ германскіе кодексы, онъ не исчезъ вмѣстѣ съ варварствомъ, какъ эти послѣдніе. Онъ не имѣлъ въ себѣ ничего

[1]) L. Wisig. III, III, 6.

[2]) L. Wisig., III, I, 7; IV, II, 13; III, 1, 3: „Patre mortuo, urtriusque, sexus filiorum coujunctio in matris potestate consistat. Matre mortua, filii in patris potestate consistant".

[3]) L. Wisig., IV, II, 9.

[4]) L. Wisig., III. IV, VI.

варварскаго, и даже новая цивилизація не отвергла его, такъ какъ онъ во многихъ отношеніяхъ предвосхищалъ эту цивилизацію и отвѣчалъ на ея потребности. Но именно потому, что онъ шелъ далеко впереди своего вѣка, его не слушали: онъ могъ заставить вестготовъ принять извѣстныя формы римскихъ учрежденій, но онъ не могъ подавить въ нихъ германскія идеи и обычаи. Безъ сомнѣнія, если не имѣть въ виду ничего, кромѣ *Fuero juzgo*, то можно было бы подумать, что, перейдя Пиренеи, вестготы оставили позади себя все, что у нихъ было варварскаго, и что по вступленіи на полуостровъ они стали римлянами. Но нечего говорить, что это предположеніе было бы обманчиво. При паденіи внушительнаго, но хрупкаго зданія готской монархіи, подъ его развалинами выступили всѣ германскія учрежденія, исчезнувшія, казалось, навсегда. Въ муниципальныхъ *fueros*, пожалованныхъ преемниками Пелагія, можно найти и имущественную общность супруговъ, и постоянную опеку надъ женщиной, и судебный поединокъ, и судъ при посредствѣ присяжныхъ. Изучимъ теперь ближе эти муниципальные обычаи; скрытые, такъ сказать, подъ общими кодексами, они ускользали часто отъ вниманія юристовъ; между тѣмъ, имъ удалось противостоять и авторитету этихъ кодексовъ, и вліянію римскаго права, и господству каноническаго; они поддерживали въ тѣни, подъ сѣнію католической Испаніи, вмѣстѣ съ германской традиціей, и привязанность къ свободѣ.

III.

Происхожденіе *fueros* сливается съ началомъ испанской независимости. Покоренная маврами, Испанія могла снова отвоевать свою національность лишь постепенно и, такъ сказать, по кусочкамъ. Всякій разъ, когда какая-нибудь провинція или какой-нибудь городъ переходили отъ мусульманской Испаніи къ Испаніи христіанской, эта провинція и этотъ городъ получали отъ короля или давали себѣ сами *fueros*, т.-е. совокупность обычаевъ, юрисдикціи и особаго управленія [1]). При безконечномъ разнообразіи

---

[1]) Многіе изъ этихъ *fueros* были изданы недавно. См.: *Coleccion de fueros municipales y cartas pueblas*, por D. Thomas Muños y Romero, Мадридъ, 1847; *Historia de la legislacion y recitaciones del derecho civil de España*, por D. Marichalar marques de Montesa y Manrique, т. I,—VII, Мадридъ, 1861—64.

этихъ провинціальныхъ и городскихъ *fueros*, мы оставимъ въ сторонѣ ихъ подробности и покажемъ въ рельефѣ лишь нѣкоторыя ихъ характерныя и общія черты.

То, что меня поражаетъ, прежде всего, въ большинствѣ *fueros* это — ихъ контрастъ съ *Fuero juzgo*, которое остается, между тѣмъ, общимъ закономъ и продолжаетъ управлять христіанскимъ населеніемъ даже въ подчиненныхъ арабамъ провинціяхъ [1]). *Fuero juzgo*, какъ мы это видѣли, было законодательствомъ почти исключительно римскимъ и каноническимъ; мы увидимъ теперь, какъ сильно муниципальные *fueros* уклонялись и отъ каноническихъ, и отъ римскихъ законовъ.

Далеко не покровительствуя безбрачію, *fueros* предписываютъ противъ него строгія наказанія [2]); холостяки не могутъ ни занимать публичныхъ должностей, ни быть свидѣтелями, ни выступать на судѣ, ни владѣть недвижимымъ имуществомъ; они подлежатъ чрезвычайнымъ налогамъ [3]), и совершаемые противъ нихъ проступки или извиняются, или наказываются менѣе строго [4]) Чтобы побудить къ браку, *fueros* освобождаютъ этотъ послѣдній отъ всѣхъ формъ публичности, предписанныхъ *Fuero juzgo*; они разрѣшаютъ разводы и терпятъ даже особый видъ брака съ лѣвой руки или конкубинатъ, называемый *barragania*. „*Barragana*, говорятъ древніе *fueros*, которая ѣстъ и живетъ со своимъ господиномъ, оставаясь ему вѣрной, вступаетъ съ нимъ въ имущественное общеніе и наслѣдуетъ половинѣ пріобрѣтеннаго имъ имущества“ [5]). Иные *fueros* идутъ даже такъ далеко, что призы-

---

[1]) Marina, *Ensayo sobre la legislacion de los reinos de Leon y Castilla* I, 42; V, 2.

[2]) Fuero de Plasencia, tit. De non responder al que mugier non hobiere; fuero de Burgos, 81.

[3]) Fuero de Alcalà: „Todo home de Alcalà... que toviere casa... con fijos è con mujer... non peche nisi quarta parte de la pecha“. Fuero de Molina: „Que mugier è fijos tobier en Molina, nada peche“.

[4]) Fuero de Miranda: „Si aliquis vir vel mulier percusserit popularem uxoratium... et extraxerit ei sanguinem, pectet LX salidos; et si non extraxerit sanguinem, pectet XXX solidos“. Если жертва—холостякъ, то штрафъ не подымается выше 5 или 10 солидовъ..

[5]) Fuero de Plasencia: „La barragana si probada fuere fiel à su sennor, è buena, herede la meatad que amos en uno ganaren en muebles è en raiz“.

ваютъ дѣтей *barragana* къ наслѣдованію послѣ отца, рядомъ съ его законными дѣтьми [1]). Безъ сомнѣнія, этотъ обычай противенъ духу христіанскихъ народовъ, и его нужно приписать арабскому вліянію [2]). Но онъ такъ глубоко проникъ въ испанскіе нравы, что даже кодексъ *Las siete Partidas*, столь полный каноническихъ идей, не осмѣлился воспретить его [3]), и обычай, на который мы указываемъ, долго противился, даже среди клириковъ, всѣмъ громамъ соборовъ [4]).

И римское право пользуется въ глазахъ *fueros* не большимъ уваженіемъ, чѣмъ каноническое. Вѣрные готской традиціи, *fueros* опираютъ весь строй семейныхъ отношеній на чисто германскую идею семейной собственности. Все, что пріобрѣтается членами семейной общины, идетъ въ общее имущество, управленіе и пользованіе которымъ принадлежитъ отцу семейства [5]). Но если этотъ послѣдній управляетъ этимъ имуществомъ, то онъ не распоряжается имъ и не можетъ путемъ продажи или завѣщанія перенести его въ чужой родъ: примѣненіе права родового выкупа, или законной доли наслѣдства, вернуло бы въ этихъ случаяхъ въ семью то имущество, которое онъ пытался бы вынести изъ нея [6]).

Слѣдуетъ обратить особое вниманіе на то, что въ этой семейной собственности женщина имѣетъ свою часть, какъ и мужчина. Конечно, *fueros* такъ же, какъ и германскіе кодексы, устанавливаютъ извѣстное неравенство въ положеніи половъ: ни дочь, ни

---

1) Fuero de Burgos, 168: „...Fijo ó fija de barragana, si non el padre le hobiere dado algo de mueble ò de heredat de cinco florines arriba,... debe levar toda su suerte entera“.

2) Арабское вліяніе видно также на многихъ полицейскихъ распоряженіяхъ, имѣющихъ отношеніе къ женщинамъ. Fuero de Nájera: „In domo viduae aut virginis nemo sit ausus hospitium accipere“. Fuero de Cáceres: „Las mulieres entren en banno in die dominico... é los varones entren enos otros dias“...

3) Part. IV, tit. 14.

4) Marina, *Ensayo*, VI, 24.

5) Сыновья и дочери до тѣхъ поръ, пока эмансипація не выводитъ ихъ изъ семьи, не имѣютъ собственнаго имущества; они не могутъ ни завѣщать, ни быть преслѣдуемы за свои долги и проступки; за нихъ отвѣчаетъ отецъ. Marina, VI, 5.

6) Отецъ не могъ лишить наслѣдства своего сына иначе, какъ заставивъ его выйти изъ семьи.

жена не могутъ обязываться и выступать на судѣ безъ содѣйствія своихъ родственниковъ или родственниковъ мужа; даже вдова нуждается въ такомъ содѣйствіи родственниковъ до тѣхъ поръ, по крайней мѣрѣ, пока она живетъ съ ними [1]). Но всѣ эти ограниченія правоспособности лишаютъ женщину только свободнаго осуществленія ея права, не затрогивая самаго права. Женщина имѣетъ свою долю собственности какъ въ недвижимомъ, такъ и въ движимомъ имуществѣ, и участвуетъ поэтому въ наслѣдованіи, на ряду съ мужскими наслѣдниками, отправляя, наравнѣ съ послѣдними, и право родового выкупа [2]). Въ этихъ положеніяхъ, какъ это было уже мною показано, нѣтъ ничего, что не стояло бы въ соотвѣтствіи съ древнѣйшими германскими традиціями: женщина устранена отъ наслѣдованія на основаніи принциповъ феодальнаго права, а не примитивныхъ обычаевъ Германіи. Но *fueros* не испытали на себѣ феодальнаго вліянія: богатая буржуазія испанскихъ городовъ умѣла внушить испанскому дворянству уваженіе къ своимъ муниципальнымъ вольностямъ [3]). Феодализмъ торжествовалъ въ одной Арагоніи, и какъ разъ въ *fueros* этой провинціи мы находимъ опять привилегіи въ пользу мужскихъ наслѣдниковъ [4]).

Изъ комбинаціи того и другого принципа, т.-е. семейной собственности и равенства половъ, должна была естественно возникнуть и система общности имуществъ въ брачномъ союзѣ. „Это вполнѣ разумный обычай,—говоритъ одинъ старый португальскій юристъ,—что тѣ, которые отдаютъ другъ другу все, что у нихъ есть лучшаго, т.-е. свое тѣло и свою душу, дѣлаютъ общимъ и свое

---

[1]) Fuero be Sepulveda, 64: „Toda muger casada, ó manceba en cabello, ó vibda que morare con padre o con madre en su casa, non haya poder de adebdar ninguna debda mas de facta un maravedi nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con placenteria del pariente con qui morare.“ Fuero de las leyes, lib. III. tit. 20, ley. 13; tit. 18 ley 5; Marina, VI, 69.

[2]) Fuero de Burgos, 207; fuero de Zamora.—Старшая дочь пользуется даже правомъ старшинства въ обычаяхъ Наварры и Бискаіи.

[3]) „Prohibieron las leyes que ninguno pudiese fabricar castillos, levantar fortalezas,... en terminos de los communes sin su autoridad y consentimiento“. Marina, *Ensayo*, V, 23.

[4]) Fueros y observancias del Reyno de Aragon, Çaragoça, 1856, I, fol. 127.

имущество, такъ какъ личность, конечно, дороже имущества. Благодаря этому обычаю въ домѣ нѣтъ болѣе вѣчнаго спора о томъ, что̀ принадлежитъ одному супругу, и что̀ другому" [1]). Эта общность имуществъ—полная въ Португаліи и Бискайѣ; она ограничена пріобрѣтеннымъ въ бракѣ имуществомъ въ другихъ частяхъ полуострова; но полное или ограниченное, общее между супругами имущество подлежитъ всегда раздѣлу пополамъ между ними [2]).

Устанавливая общность имуществъ супруговъ, *fueros* не обнаруживаютъ большого расположенія и къ супружескимъ дареніямъ. Заботясь постоянно о томъ, чтобы обезпечить сохраненіе имущества въ семьѣ, они стремятся оградить его отъ легкомысленнаго увлеченія. Даренія между супругами должны происходить при совершеніи брака, *ante ostium ecclesiae*; всякое послѣдующее дареніе, если оно дѣлается даже по завѣщанію, нуждается въ одобреніи законныхъ наслѣдниковъ дарителя. Иные *fueros* устанавливаютъ въ точныхъ цифрахъ высоту вдовьей доли; другіе, еще болѣе обстоятельные, регламентируютъ свадебные подарки, ручное приданое новобрачной, число приглашенныхъ на пиръ и т. д. [3]).

Но эта странная регламентація для насъ не нова: мы уже встрѣчались съ ней въ итальянскихъ статутахъ среднихъ вѣковъ. Несмотря на различія въ нравахъ и учрежденіяхъ, муниципіи обоихъ полуострововъ представляли въ своей исторіи такія аналогіи, которыя не могли не найти выраженія въ ихъ законахъ. Города Кастиліи и Андалузіи получили отъ арабовъ промышленность, науки, искусства; какъ и республики Ломбардіи и Тосканы,

---

[1]) Valasco, *Praxis partit. et collat.*, Francof, 1608 p. 11.

[2]) Ordenaçoes de Portugal, Lisboa, 1727, IV, 47, 48, 95, 105; V, 46; fuero de Vizcaja, Bilbao, 1762, XX, 1; fueros de Navarra, Pamplona, 1815, XXV, 2; fueros de Aragon, p. 1, fol. 122, 123.—Жена имѣла, сверхъ того, свою указную часть, *arras*. См. о дареніи Сида Хименѣ у Risco, *la Castilla y el mas famoso Castellano*, Мадридъ, 1792, прибавл. III.

[3]) Fuero viejo, V, 1, 2,; „Esto es fuero de Castiella antiguamente; que todo fijodalgo pueda dar à sua muger donadio a la hora del casamiento, ante que sean jurados, e el donadio que puede dar es este; una piel de abortones, que sea muy grande e mury larga, e deve aver en alla tres sanefas de oro, e quando fuar fecha deve ser tan larga que pueda un caballero armado entrar por la una manga e salir por la otra; e una mula ensillada e enfrenada e un vaso de plata, e una mora". Fuero de Cuenca, IX, 11; fuero de Sepùlveda, 66.

они были въ вѣка невѣжества и варварства очагами свѣта и свободы. Но и здѣсь цивилизація была слишкомъ преждевременна, чтобы пустить глубокіе корни. Когда съ Возрожденіемъ и Реформаціей для большихъ государствъ Сѣвера Европы открылась эра прогресса, блестящіе города Испаніи, какъ и республики Италіи, начали уже падать. „Бѣдная Севилья, вся купающаяся въ крови своихъ сыновей,—восклицалъ одинъ поэтъ XV в.,—какая вражеская судьба держитъ тебя въ такомъ униженіи? Что сталось съ твоими вольностями и законами? Гдѣ эти строгіе алькады, которые правили въ твоихъ стѣнахъ правосудіе и миръ? Гдѣ эти гордые регидоры, никогда и ни передъ кѣмъ не склонявшіе своихъ колѣнъ?“ [1]).

И между тѣмъ Испанія не была въ это время, какъ Италія, подъ властью иноземцевъ; напротивъ, она только что изгнала ихъ послѣ столѣтій героическихъ усилій. Но города и дворянство, завоевавшіе цѣной своей крови національную независимость, торжествовали не для себя, а для Церкви и короля, и иго мавровъ было сброшено лишь для того, чтобы его замѣнило не менѣе тяжкое иго католическихъ королей. Мы увидимъ, дѣйствительно, что коалиція Церкви и королевской власти завяжетъ опять традиціи *Fuero juzgo* и возстановитъ въ новыхъ общихъ кодексахъ принципы каноническаго и римскаго права.

IV.

Знаменитый кодексъ *Las siete Partidas,* хотя и восходитъ къ XIII в., добивается общаго признанія не ранѣе конца среднихъ вѣковъ и этимъ признаніемъ обязанъ успѣхамъ королевской власти. Этотъ кодексъ представляетъ собою въ еще бо́льшей степени, чѣмъ *Fuero juzgo*, компиляцію каноническихъ и римскихъ законовъ. „Первая изъ *Siete Partidas,*—говоритъ аббатъ Марина,—есть не что иное, какъ сводка декреталій; она предоставляетъ папѣ неограниченныя полномочія и открываетъ двери всѣмъ бѣдствіямъ, опустошающимъ Испанію“ [2]). „Законы и принципы *Las siete Partidas,*—прибавляетъ don Sempere,—дали церковнымъ властямъ

---

[1]) Ap. Ortiz de Zúñiga, *Anales de Sevilla*, año 1473, Madrid, 1677.
[2]) Marina, *Ensayo,* VIII, 27 и 28,

такое распространеніе, что не стало, такъ сказать, акта,—все равно, духовнаго или свѣтскаго,—который не подчинялся бы ихъ вѣдѣнію" [1]). Поэтому каноническое право, по всѣмъ затрогиваемымъ имъ вопросамъ, принимается слѣпо законодателемъ *Siete Partidas*. Подробныя до мелочности правила о послѣдствіяхъ брака и его недѣйствительности, о различныхъ случаяхъ неспособности къ браку, о сожительствѣ супруговъ, изображаемомъ то какъ грѣхъ, то какъ похвальное дѣйствіе,—все это переведено изъ каноновъ или подражаетъ канонамъ [2]).

Римское право переписывается не менѣе рабски, чѣмъ каноническое: составители кодекса считаютъ необходимымъ объявить, что сынъ эманципируется отъ отцовской власти, дѣлаясь консуломъ или патриціемъ, что незаконнорожденный узаконяется принятіемъ священства, что наслѣдство дѣлится на 11 унцій [3]) и т. д. Зато они не говорятъ ни слова о нѣкоторыхъ учрежденіяхъ, пользующихся общимъ признаніемъ въ Испаніи, напр.—объ общности имуществъ супруговъ. Компиляторы, какъ будто, и не слышали объ этомъ институтѣ, составлявшемъ, между тѣмъ, общее право на полуостровѣ. Они излагаютъ одинъ лишь римскій порядокъ приданаго или, вѣрнѣе, пытаются изложить этотъ порядокъ, такъ какъ смутность всего изложенія показываетъ, что авторы его имѣютъ дѣло съ чужимъ и очень дурно понятымъ ими учрежденіемъ. Даренія между супругами воспрещаются и вдовья часть, или *arras* національныхъ обычаевъ, замѣняется римской *donatio ante nuptias* [4]).

Но какъ вѣрные переписчики римскихъ законовъ, компиляторы *Siete Partidas* не можетъ пропустить такого важнаго института, какъ сенатусъ-консультъ Веллейана. „Женщина, говоритъ кодексъ Альфонса Мудраго, не должна поручаться за другихъ, такъ какъ иначе ей пришлось бы являться на судъ и мѣшаться съ толпой мужчинъ, что было бы противно добрымъ нравамъ и сдержанности,

---

[1]) Sempere, *Historia*, стр. 277 (Мадр., 1846, 3-е изд.): „Que apenas se encontraba causa ni negocio alguno espiritual ni temporal en que non pudiera ejercitarse".

[2]) Part. IV, tit 2, ley 9.

[3]) Part. IV, tit. 18, ley 8;—Part. IV, tit. 15, ley 5.

[4]) Part. IV, tit. 11, ley 3, 6.

приличествующей ея полу" [1]). Поручительство женщины действительно лишь въ 8 случаяхъ: если оно принято для отпущенія на волю раба, для выдачи приданаго дочери, если женщина отреклась отъ льготы сенатусъ-консульта, будучи ясно освѣдомлена о ней, если черезъ двухлѣтній промежутокъ она возобновила свое поручительство, если она получила плату за это поручительство,—если она одѣлась въ мужское платье (это — скверное передъ Богомъ дѣло, по мнѣнію благочестиваго глоссатора), или пустилась на какую-нибудь другую хитрость для того, чтобы обмануть кредитора, если она сама имѣла какой-нибудь интересъ въ дѣлѣ и, наконецъ,— если она сдѣлалась наслѣдницей главнаго должника [2]). Кодексъ *Siete Partidas* даетъ намъ здѣсь не что иное, какъ копію глоссы Аккурція.

Но вѣковые обычаи испанскаго народа вовсе не исчезли съ того дня, когда кортесамъ въ Бургосѣ угодно было объявить общимъ закономъ королевства компиляцію каноновъ и римскихъ законовъ. Рядомъ съ *Siete Partidas* продолжало дѣйствовать безконечное множество различныхъ обычаевъ, и, какъ бы для того, чтобы увеличить запутанность въ правѣ, нѣчто въ родѣ закона о цитированіи римскихъ юристовъ [3]) сообщило силу закона и мнѣніямъ всѣхъ глоссаторовъ до Іоанна Андреса и Бартола [4]).

---

[1]) „Otrosi decimos que muger ninguna non puede entrar fiador por otro; ca non serie guisada corsa que las mugeres andodiesen en pleyto por fiaduras que feciesen, habiéndose de allegar à los logares do so ayuntan muchos homes, e usar cosas que fuesen contra honestat ò contra las buenas costumbres que las mugeres deben guardar". Part. V, tit. 12, ley 2.

[2]) Part. V, tit. 12, ley 3, и глосса Gregorio Lopez.

[3]) Don-Juan II, 1427 г. См. Sempere, *Historia*, III, 18.

[4]) Поэтъ Juan Martinez de Burgos оставилъ намъ пикантную картину юриспруденціи этого времени:

„Viene el pleito à disputacion?
Alli es Bartelo, Chririno é Dijesto;
Juan Andres, è Baldo, é Enrique, do son
Mas opiniones que uvas en cesto;
E cada abogado es y mucho presto.
E desde que bien visto è bien disputado,
Fallan el pleito en un punto errado,
Lo tornan de cabo à cuestion, pro esto.

. . . .

En tierra de Moros un sulo alcalde

Leyes de Toro Фердинанда и Изабеллы были первымъ опытомъ объединенія испанскаго законодательства. Здѣсь право *fueros* заняло мѣсто на ряду съ римскимъ, и хотя то и другое не было еще объединено, но поставлено одно на другомъ. Такъ, система приданаго стоитъ рядомъ съ системой общности имуществъ, и комбинація той и другой составляетъ общее право. Эта комбинація подобна приблизительно той, которую мы называемъ въ нашемъ правѣ системой приданаго съ общностью въ пріобрѣтаемомъ имуществѣ (le régime dotal avec communauté d'acquêts), и интересно видѣть, какія усилія употребляютъ комментаторы для того, чтобы возвести источникъ этой общности къ римскому праву [1]). Высшій предѣлъ вдовьей части установленъ почти такъ же, какъ и въ *fueros*, и даренія между супругами воспрещены. Правила о супружеской власти, заимствованныя также изъ *fueros*, смягчены и стоятъ близко въ современнымъ: въ случаѣ отсутствія или отказа мужа, его согласіе замѣняется разрѣшеніемъ судьи; если разрѣшенія нѣтъ, то актъ женщины недѣйствителенъ, но эта недѣйствительность—относительная; наконецъ, за женой признана способность договариваться и съ мужемъ [2]). *Leyes de Toro* возобновляютъ и запрещенія сенатусъ-консульта Веллейана, различая, какъ это дѣлалъ и Юстиніанъ, интерцессію женщины въ пользу мужа отъ интерцессіи ея въ пользу третьяго лица. Обѣ интерцессіи запрещены, но запрещеніе интерцессіи въ пользу третьяго лица тер-

---

Libra lo cevil è lo criminal,
E todo el dia se està devalde
Por la justicia andar muy igual.
Alli non es Azo, nin es Decretal,
Nin es Roberto nin la Clementina,
Salvo discrecion, è buena doctrina
La cual muestra à todos vevir comunal".

Ap. Crònica de D. Alonso VIII, Madrid, 1665, apend., p. 135.

[1]) Gomez, *ad. L. Tauri*, L. 51, n. 33—69. Вопросъ имѣетъ ли жена во время брака собственность, или только право требованія на свою долю въ пріобрѣтеніяхъ, былъ споренъ между комментаторами. Gomez. ibid., n 76; Covarruvias, *Var. resal.*, L. III, c. 9, n. 2; Fernandez, *ad. L. Tauri*, L. 16.

[2]) Leyes, 54—58. Нужно, однако, отмѣтить слѣдующія различія между L. de Toro и нашимъ гражданскимъ кодексомъ: разрѣшеніе можетъ быть общимъ (ley 56), молчаливымъ, и, наконецъ восполнено послѣдующимъ одобреніемъ.—Gomez, въ цит. м.; Fern. Vasquez, *Controv. ill.*, IV, 10.

нитъ многочисленныя исключенія, — напр., въ случаяхъ выгоды интерцессіи для женщины, совершенія ея подъ присягой, отреченія отъ льготы сенатусъ-консульта [1]). Этихъ исключеній нѣтъ, когда жена интерцедируетъ въ пользу своего мужа и законъ предполагаетъ такую интерцессію во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оба супруга обязываются совмѣстно или солидарно: здѣсь отвѣчаетъ одинъ мужъ, и отвѣчаетъ за все обязательство. Еще болѣе: если мужъ является лишь поручителемъ, а жена главнымъ должникомъ, то законъ переворачиваетъ ихъ роли и предполагаетъ, что жена есть все-таки поручитель, а мужъ—главный должникъ [2]).

Это справедливое и вполнѣ логическое толкованіе сенатусъ-консульта перешло и въ *Nueva*, и въ *Novissima Recopilacion;* оно принимается и современной юриспруденціей [3]). Во всякомъ случаѣ, въ Испаніи, какъ и въ Германіи, это древнее учрежденіе кажется уже достаточно скомпрометированнымъ: оно исчезло изъ обнародованнаго въ 1851 г. проекта гражданскаго кодекса, и если мы хотимъ знать, какъ судитъ его современная наука, то послушаемъ одного испанскаго юриста. „Siete Partidas, говоритъ don Francisco de Cardenas [4]), запрещали женщинамъ интерцедировать потому, что ихъ появленіе въ судахъ и въ публичныхъ мѣстахъ оскорбляло бы добрые нравы. Но если бы это было такъ, то законодателю нечего

---

[1]) Даже такіе авторы, какъ напр., Gomez, которые отрицаютъ въ теоріи дѣйствительность отреченія признаютъ, что на практикѣ эта дѣйствительность не составляетъ предмета сомнѣнія. Gomez, *Var. resol.*, II, 13; Padilla, n. 7—10, ad L. *is passim, C. de j. et f. ignor.*

[2]) Ley 61: „De a qui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marito, aunque se diga y allege que se convertio la tal deuda in provecho de la muger, y assi mismo mandamos, que quando se obligara a mancomun marido y muger, en un contrato o en diversos, que la muger non sea obligada a cosa alguna; salvo si se provare que se convertio la tal deuda en provecho della; ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho seca obligada; pero si lo que se convertio en provecho della fue en las casas que el marido le era obligado adar, assi como vestirla y darle comer... mandamos que por esto ella non sea obligada à cosa alguna; lo qual todo se entienda sine fuere la dicha fianca ò obligacion à mancomun por maravedis de nuestras rentas, o pechos, o derechos del las“.

[3]) Escriche, *Diccionario de legislacion*, 1863, voc. *Mujer, 3; Mujer casada*, 4, p. 1325, 1326.

[4]) *De los vicios è defectos mas notables de la legislacion civil de España*, Madrid, 1852, стр. 208—210.

было бы ограничиваться запрещеніемъ женщинамъ одного договора поручительства: онъ долженъ бы былъ наложить на нихъ абсолютную неспособность и держать ихъ всю жизнь взаперти, какъ въ турецкихъ странахъ или въ античныхъ гинекеяхъ. Но нравы и цивилизація пошли впередъ. Нѣтъ сомнѣнія, что въ настоящее время никто не сочтетъ честь женщины въ опасности, если онъ встрѣтится съ нею въ судѣ. Родъ эманципаціи, которой женщины обязаны успѣхамъ воспитанія и своему новому положенію въ обществѣ, не позволяетъ болѣе относиться къ нимъ, какъ къ слабымъ и хрупкимъ существамъ, неспособнымъ ни дѣйствовать самостоятельно, ни жить иначе, какъ подъ сѣнью одіозныхъ привилегій. Въ своихъ юридическихъ отношеніяхъ внѣ семьи женщина въ нашемъ новомъ обществѣ равна во всемъ мужчинѣ. Она можетъ покупать, продавать, закладывать и, наконецъ, обязываться всѣми способами,—почему же ей запрещать обязываться по поручительству?“

Заключеніе мадридскаго юриста таково, что сенатусъ-консультъ Веллейана можетъ быть удержанъ въ современномъ правѣ только въ качествѣ санкціи неотчуждаемости приданаго, и къ этому заключенію, уже принятому проектомъ гражданскаго кодекса 1851 г., ведутъ испанское законодательство успѣхи какъ судебной практики, такъ и доктрины.

КНИГА IV.

ФРАНЦІЯ.

КНИГА IV.

Францiя.

ГЛАВА I.

Источники германскiе.

До сихъ поръ изученiе европейскихъ законодательствъ знакомило насъ съ различными элементами, на которыхъ основалось современное право. Мы видѣли, какъ грубые обычаи германцевъ на сѣверѣ развились, постоянно очищаясь, въ законодательства скандинавскихъ народовъ и феодальныя учрежденiя Англiи, тогда какъ на югѣ римскiя и каноническiя традицiи удержали подъ своей властью классическую Италiю и католическую Испанiю. Всѣ эти элементы, не исключая ни одного, предстанутъ передъ нами вмѣстѣ или въ той или другой комбинацiи и при изученiи французскаго права. Германское право, феодальное, римское, каноническое—имѣли каждое свое мѣсто и свое время господства въ той разнообразной и измѣнчивой картинѣ, которую даетъ совокупность нашихъ нацiональныхъ обычаевъ. Пробѣгая одну за другой тѣ различныя провинцiи, которыя образуютъ со временемъ народъ, наиболѣе ревнивый къ своему единству и наиболѣе гордый имъ, мы видимъ, что въ нихъ преобладаетъ поочередно то каноническiй духъ Испанiи, то римскiй духъ Италiи, то германскiй духъ сѣверныхъ государствъ, то феодальный духъ Англiи. Поэтому, для должнаго освѣщенiя французскихъ обычаевъ, надо собрать всѣ памятники, разбросанные отъ одного конца Европы до другого, и спецiальное изученiе нашего права будетъ въ то же время общей сводкой всего предшествующаго изложенiя.

Но дѣйствительно ли анализъ французскаго права представляетъ лишь новую комбинацію уже извѣстныхъ элементовъ? Нѣтъ ли въ немъ, рядомъ съ юридическими источниками—болѣе европейскими, нежели французскими,—и какого-нибудь новаго, исключительно національнаго источника? Многіе ученые думали найти такой источникъ въ правахъ и законахъ галловъ: они изслѣдовали съ благочестивой ревностью древнія учрежденія нашихъ праотцевъ и пришли къ заключенію объ ихъ оригинальности и живучести. Это мнѣніе, распространяемое съ усердіемъ, которому не чуждо, можетъ быть, чувство патріотизма, имѣетъ за себя во Франціи многочисленныхъ и горячихъ приверженцевъ [1]). Но этотъ вопросъ слишкомъ широкъ, чтобы войти въ рамки настоящаго изслѣдованія. Онъ касается его только съ одной стороны, и съ этой стороны рѣшеніе кажется мнѣ легкимъ и простымъ. Я могу сказать безъ колебанія, что изъ всѣхъ французскихъ учрежденій, имѣющихъ отношеніе къ гражданскому положенію женщины, нѣтъ ни одного, на которомъ можно было бы признать съ достовѣрностью или даже съ нѣкоторой вѣроятностью печать кельтическаго права. Всѣ дошедшія до насъ свидѣтельства о гражданскомъ положеніи женщины въ друидической Галліи сводятся къ немногимъ указаніямъ, разбросаннымъ въ книгѣ Цезаря: я ихъ соберу, и читатель увидитъ, что учрежденія, о которыхъ они упоминаютъ, или исчезли, не оставивъ послѣ себя никакихъ слѣдовъ, или до такой степени походили на германскія, что даже самый опытный глазъ не различитъ теперь того, что̀ въ нихъ принадлежитъ германцамъ и что должно быть приписано галламъ.

Навѣрное и самые ревностные сторонники кельтическаго вліянія не потребуютъ отъ насъ того, чтобы мы признали въ числѣ источниковъ французскаго права тѣ дикіе обычаи, о которыхъ говоритъ Цезарь: напр., общеніе женъ между всѣми членами данной семьи, сожженіе любимой жены на кострѣ, служившемъ и для сожженія трупа мужа [2]). Что касается полигаміи, обычной среди предводителей племени, и права суда, признаннаго за мужемъ и совѣтомъ

---

[1]) См. въ особенности: Grosley, *Recherches pour servir á l'histoire du droit français*, Paris, 1752;—Chambellan, *Etude sur l'histoire du droit français*, Paris, 1848.

[2]) Юлій Цезарь, V, 14; VI, 19.

ближайшихъ родственниковъ, надъ проступками жены [1]), то развѣ эти учрежденія составляютъ особенность кельтическихъ нравовъ? То, что Цезарь говоритъ намъ въ этомъ отношеніи о галлахъ, есть то же, что Тацитъ разсказываетъ о германцахъ. Я прихожу, наконецъ, къ самому важному мѣсту, гдѣ Цезарь описываетъ брачные порядки, бывшіе въ ходу среди галловъ: „Мужъ, говоритъ онъ, вноситъ въ хозяйство сумму, равную цѣнности приданаго; тотъ и другой взносъ сливаются, плоды сохраняются супругами и все приписывается тому супругу, который переживаетъ другого [2])". Я не буду приводить всѣхъ споровъ, вызванныхъ этимъ знаменитымъ мѣстомъ изъ Цезаря, и не прибавлю новаго объясненія къ десяти, уже даннымъ. Они могутъ быть сведены въ итогѣ къ двумъ главнымъ. Одно видитъ въ описанномъ Цезаремъ договорѣ родъ частичной общности имуществъ супруговъ,—общности, соединенной съ выгодами для супруга, переживающаго другого, — и, понятый въ такомъ смыслѣ, этотъ порядокъ не отличается въ основаніи отъ принятыхъ между германцами Сѣвера брачныхъ договоровъ [3]). Другое объясненіе принимаетъ особое соглашеніе, поражающее неотчуждаемостью не только вклады обоихъ супруговъ, но и доходы съ этихъ вкладовъ [4]). Такой порядокъ, если бы онъ существовалъ, составлялъ бы дѣйствительно, особенность галловъ, но такую особенность, которой подобія или аналогіи мы не встрѣтили бы ни во французскомъ законодательствѣ, ни въ „какихъ бы то ни было изъ извѣстныхъ намъ обычаевъ [5])".

Поэтому напрасно искать въ нашемъ правѣ чисто національныхъ источниковъ: тамъ, гдѣ мы не видимъ слѣдовъ римскаго права, мы находимъ слѣды германскаго. Весьма возможно, что гер-

---

[1]) Ibid, VI, 19: „Viri in uxores... vitae necisque habent potestatem: et quum pater familiae, illustriore loco natus, decessit, ejus propinqui conveniunt, et de morte si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quaestionem habent".

[2]) Ibid., „Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniae, conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit".

[3]) См. выше стр. 219—220.

[4]) См. Humbert, *du regime nuptial des Gaulois*, Paris, 1858.

[5]) Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit francais*, Paris, 1846, стр. 36.

манскіе обычаи, внесенные завоеваніемъ, оттого-то и привились такъ легко на галльской землѣ, что они стояли во внутреннемъ родствѣ съ галльскими обычаями, подготовившими почву для ихъ развитія. Въ этой темной работѣ подготовленія и состоитъ, по всей вѣроятности, все участіе галльскихъ учрежденій въ образованіи нашего національнаго права. Поспѣшимъ оставить эту темноту, чтобы прослѣдить яснѣе германскія традиціи черезъ тѣ послѣдовательныя преобразованія, которыя онѣ испытали, проходя поочередно въ капитуляріи нашихъ первыхъ королей, въ наше феодальное право и, наконецъ, въ наши древніе обычаи.

I.

Всѣ народы современной Европы вышли изъ хаоса, произведеннаго нашествіемъ варваровъ: каждый изъ этихъ народовъ считаетъ германцевъ въ числѣ своихъ предковъ и имѣетъ кодексъ варварскихъ законовъ въ числѣ своихъ законодательныхъ памятниковъ. Но эти кодексы далеко не похожи одинъ на другой и прикрываютъ подъ общимъ названіемъ весьма различныя и часто противоположныя понятія. Убѣдиться въ этомъ можно было уже и изъ предшествующаго изложенія, которое показало, какъ мало, напр., скандинавскіе законы, сохранившіе безъ посторонней примѣси германскія традиціи, походили на законы вестготовъ, утратившіе почти цѣликомъ свой варварскій отпечатокъ подъ вліяніемъ римскаго и каноническаго права. Беря начало изъ тѣхъ же источниковъ, но въ иныхъ условіяхъ, законы франковъ представляютъ собою, какъ бы, средній терминъ между еще первобытными обычаями скандинавскихъ народовъ и уже обработанными кодексами готскихъ монархій. И дѣйствительно, пробѣгая различныя распоряженія франкскихъ законовъ, мы видимъ, что они склоняются поочередно къ законамъ то сѣверныхъ, то южныхъ германцевъ.

У франковъ, какъ и у сѣверныхъ германцевъ, женщина оставалась всегда подъ опекой: объ этомъ ясно свидѣтельствуютъ древнія формулы [1]). Но эта опека не только не отрицала ея

[1]) Для замужней женщины: „Placuit inter nos... et Sophia, quae... legem videtur vivere Salica, ipso namque jugali et mundualdo suo consentiente". Muratori, *Antiq. Jtalic.*, t. II, col. 271.—Для вдовы: „Ego, Helegrina, con-

правъ, но, напротивъ, освящала ихъ и защищала. Женщина была собственницей и могла пріобрѣтать какъ недвижимость, такъ и движимость [1]). Она пріобрѣтала, прежде всего, въ силу наслѣдованія: законы франковъ, не исключая и пресловутаго *салическаго закона*, не отрицали никогда за дочерью, матерью или сестрой ихъ наслѣдственныхъ правъ; если, дѣйствительно, женщина не могла претендовать на такъ наз. *салическую землю*, т.-е. земельное наслѣдіе предковъ, иначе, какъ при отсутствіи наслѣдниковъ мужского пола [2]), та за ней признавалось привиллегированное или, по крайней мѣрѣ, равное съ другими наслѣдниками право на все остальное наслѣдство [3]). Затѣмъ она пріобрѣтала, когда ей наносили ущербъ или оскорбленія, *композицію*, уплачиваемую оскорбителемъ [4]). Наконецъ, она имѣла приданое: это—ея драгоцѣннѣйшее право и крѣпчайшая гарантія независимости, освященная всѣми франкскими племенами. Если же древнія формулы изображаютъ намъ новобрачную такъ, какъ бы она продавалась опекунами ея новому супругу, то это—чистый символъ, вполнѣ подобный символу римской *coemptio*: солидъ и динарій Салической правды [5])

---

sensu et voluntate de filio meo Aliperto, in cujus mundium ego *permaneo*"... Du Cange, слово *Mundualdus*.—*Reparius*, принимающій участіе въ заключеніи вдовой второго брака, является также настоящимъ опекуномъ. Form. longob., 20, 21 (Canciani, т. II, стр. 477).

[1]) Form. Marculfi, I, 12; form. Sirmond., 17, 18; form. Andegav., 40 (Ch. Giraud, m. II, стр. 434).

[2]) Capit. Childerici, ann. 561—581 (Pertz., t. IV, стр. 10).

[3]) L. Burgund., XIV, 2: „Si forte defunctus nec filium nec filiam relinquerit, ad *sorores* vel propinquos parentes hereditas redeat".—L. Ripuar., LVI, 3: „Si autem nec eos (fratres sororesve) habuerit, tunc *soror* matris patrisque succedat".—L. Thuring., VI, 1, 6.

[4]) По крайней мѣрѣ,—въ части. По этому пункту у меня нѣтъ прямыхъ доказательствъ и я могу сослаться лишь на аналогіи, заимствованныя, частью, изъ другихъ варварскихъ законовъ (Grágás, *Festath.*, 20; Vigslodi, 54;—L. Saxon., 6, § 3), частью—изъ того положенія, въ которомъ стояли рядомъ съ женщиной, другія подопекаемыя лица (L. Burg., XXVI, 5).

[5]) Frédégaire, *ad Gregor. Turon. Epitom.*, cap. 18 (ap. Bouquet, т. II, стр. 399): „Legati offerentes *solidum et denarium, ut mos erat Francorum*, eam (Clotildem) partibus Chlodovei sponsant".—Нельзя видѣть покупки *mundium* ни въ *reipus*, уплачиваемомъ лицу, которое называлось *reparius* вдовы (L. Sal., 47),—это была также фиктивная цѣна (Grimm, *Rechtsalterthüm.*, стр. 426),—ни въ *achasius*, уплачиваемомъ родителямъ перваго

напоминаютъ кусокъ мѣди въ древне-римскомъ обрядѣ, которымъ, т.-е. этимъ кускомъ, супругъ ударялъ о чашу манципаціонныхъ вѣсовъ.

Франкская женщина не продавалась и не дѣлалась рабой или собственностью своего мужа; она сама была собственница и дважды надѣлялась приданымъ: одинъ разъ—своими родителями [1]), и въ другой, какъ мы это сейчасъ увидимъ—самимъ мужемъ.

Во времена Хлодвига или Карла Великаго—совершенно такъ же, какъ и при Тацитѣ—будущій супругъ приносилъ въ даръ своей невѣстѣ лошадей, скотъ, оружіе, а часто—даже поля и дома [2]). Это *приданое*, какъ именно и называлось это дареніе, считалось законами необходимымъ условіемъ брака [3]). Оно давало женѣ не только надежду, не только простое право пережившаго супруга [4]), но настоящее и дѣйствительное пользованіе и собственность, осуществлявшіяся съ того самаго дня, въ который начиналась общая жизнь супруговъ [5]). Изъ этого общенія въ пользованіи возникало для жены и еще болѣе существенное для нея право. она считалась состоящей какъ бы въ товариществѣ съ мужемъ, какъ бы сотрудничающей съ нимъ, и плоды этого сотрудничества, т.-е. сдѣланныя въ теченіе брака сбереженія и пріобрѣтенія, дѣлились съ соблюденіемъ большаго или меньшаго равен-

---

мужа (Capit. Chlodovei, ap. Pertz, т. IV, стр. 3) и должномъ, между другими лицами, и матери этого мужа, ни въ *willemon* (L. Burg., 69) должномъ даже когнатамъ. Rive, *Geschichte der Vormundschaft*, т. I, стр. 253.

1) Marculf., II, 10; L Baiuv., VII, 14. Надо замѣтить, что это приданое не называется никогда *dos*, а называется *faderfium*, *vatergeld*, *pecunia profectitia*.

2) De Roziére, *Recueil de Formules*, Paris, 1859—1861, стр. 224—246.

3) „Dos legitima“, L. Alamann., 55; L. Ripuar., XXXVII, 2; Append. Marc., 52.—Fragm. hist. (Duchesne, т. II, стр. 404): „Item, in die festivitatis septuagesimae, praedictam concubinam suam *desponsatam atque dotatam* (Carolus Calvus) in conjugem accepit“.

4) Приданое оставалось за женой не только въ случаѣ болѣе ранней смерти мужа, но и въ случаѣ расторженія брака (L. Baiuv., VII, 14; L. Burgund. XXXIV, 2); наконецъ, при предшествующей смерти жены приданое переходило цѣликомъ или въ части къ ея наслѣдникамъ. Chlodov. Capit., VIII, § 2; Chilper. edict., 4 (Pertz., т. IV, стр. 4, 10).

5) Append. Marc., 38; Constitutio dotis reginae uxoris Karoli III, а 907 (Walter, т. III, стр. 233 и слѣд.):... „De nostro jure in jus et proprietatem seu dominationem illius transfundimus et perpetualiter habendos delegamus“.

ства между обоими супругами [1]). Особенно слѣдуетъ замѣтить то, что право жены на эти сбереженія и пріобрѣтенія носило тотъ же характеръ, что и ея право на самое приданое: это было не простое преимущество пережившаго супруга, а право, которое и открывалось, и осуществлялось съ самаго начала брака;—словомъ, это было право *общности въ имуществѣ.* Внимательное чтеніе древнихъ формулъ показываетъ, что жена распоряжалась въ продолженіе брака своей частью въ общихъ пріобрѣтеніяхъ не какъ будущимъ правомъ, а какъ наличной собственностью [2]); она распоряжалась ею даже въ пользу своего мужа, что было бы невозможно и абсурдно, если бы это право возникало только со смертью мужа [3]).

Но истинный характеръ супружеской власти выступаетъ во франкскихъ законахъ особенно при прекращеніи брака. Мы знаемъ, что у всѣхъ народовъ, трактовавшихъ жену какъ собственность мужа, она продолжала и при вдовствѣ принадлежать семьѣ, ее купившей [4]). Напротивъ, у франковъ жена по прекращеніи брака оставляла семью мужа и возвращалась въ свою [5]). Единственное право, сохраненное родственниками умершаго мужа въ отношеніи къ его вдовѣ, состояло въ томъ, что въ случаѣ вступленія ея во второй бракъ, при наличности дѣтей отъ перваго, род-

---

[1]) Большинство законовъ признаютъ за женой право только на треть этихъ пріобрѣтеній: „Tertiam partem de omnibus quae Dagobertus rex acquisierat postquam Nanthildis regina regnare coeperat, eidem reservant“. Gesta Dagoberti, 47 (Duchesne, т. I, стр. 587); L. Ripuar., XXXVII, 2.—Но нѣкоторые законы даютъ ей и половину.

[2]) Marculf., II, 3, 4, 5, 17: „Ego et conjux mea... de jure nostro transmittimus villas illas... quod pariter stante conjugio adquisivimus“.

[3]) Marculf., II, 12; I, 7: „Ego illa, dulcissime jugalis meus ille,... dono tibi... tam de hereditate parentum quam de comparatum, vel quod pariter laboravimus“.— • По другому мнѣнію, *законное* право замужней женщины на долю въ общихъ пріобрѣтеніяхъ было не болѣе, какъ право пережившаго супруга. Но также мужъ устанавливалъ часто въ пользу жены на титулѣ *dos* или *morgengabe* и долю въ будущихъ пріобрѣтеніяхъ, тогда жена получала на эти пріобрѣтенія такое-же твердое право, какъ и на всякую вещь, входящую въ составъ этихъ дареній. На подобные случаи и указываютъ цитированныя формулы, Маркульфа. См. Schröder, *Geshichte des ehelichen Güterrechts*, стр. 92.

[4]) См. выше, стр. 25, 49, 56.

[5]) L. Salic.. 46. Ср. Peters *Comment. ad tit* 47 (46) *L. Salicae*, Berol., 1830.

ственники перваго мужа могли требовать обращенія къ ихъ совѣту [1]).

Мы видимъ, что франкское право остается пока вѣрнымъ древнѣйшимъ германскимъ традиціямъ. Измѣняются подробности, но принципы остаются тѣ же: собственница, наслѣдница, хозяйка приданаго, участница въ правахъ мужа, на половину независимая и состоящая подъ опекой, которая ее только защищаетъ, женщина занимаетъ у франковъ приблизительно то же положеніе, въ какомъ мы оставили ее у скандинавскихъ народовъ и въ первобытной Германіи. Но на ряду съ этими истинно германскими обычаями, вынесенными соратниками Меровея и Хлодвига изъ ихъ первоначальнаго отечества, франкскіе кодексы представляютъ намъ и учрежденія иного характера, которыя не могли возникнуть на берегахъ Эсселя или Везера, такъ какъ завоеватели Галліи встрѣтили ихъ впервые на территоріи Имперіи. Римскіе законы были слишкомъ глубоко внѣдрены въ галльскую почву для того, чтобы ихъ могъ вырвать оттуда даже потокъ варварскаго нашествія. Кромѣ того, они нашли себѣ ловкаго и могущественнаго покровителя въ лицѣ духовенства, подчинявшагося уже вліяніямъ, которыя шли изъ Рима. Законъ вестготовъ, продиктованный соборами, кажется составленнымъ гораздо болѣе для римлянъ, чѣмъ для варваровъ [2]), и этотъ законъ правилъ долго южной Галліей. Духъ проникавшій вестготскій *Forum*, выразился, хотя и нѣсколько робко, въ юридическихъ памятникахъ не только бургундовъ, но также рипуарскихъ и даже салическихъ франковъ. Я могъ бы перебрать одно за другимъ всѣ указанныя выше учрежденія и отмѣтить въ каждомъ изъ нихъ, рядомъ съ древне-германскимъ элементомъ, и смѣшавшіеся съ нимъ каноническій и римскій элементы.

Напр. опека надъ женщинами была у первобытныхъ германцевъ правомъ исключительно семейнымъ и представляла собою нѣчто въ родѣ семейной собственности; въ капитуляріяхъ эта опека переходитъ постепенно подъ контроль духовенства и королевскихъ чиновниковъ. Наслѣдственная доля женщинъ опредѣля-

---

[1]) Chlodov. capit., VII, 1 (Pertz, т. IV, стр. 3): „Si de anteriore marito filios habet, parentes infantem suorum *consiliare* debet“.

[2]) См. выше, стр. 303 и слѣд.

лась въ большинствѣ германскихъ обычаевъ ниже наслѣдственной доли мужчинъ; практика римскаго завѣщанія возстановляетъ между полами равенство въ наслѣдственныхъ правахъ [1]). Бракъ на основаніи варварскихъ законовъ могъ быть расторгнутъ по разводу; капитуляріи, послушныя каноническимъ постановленіямъ, объявляютъ бракъ нерасторжимымъ [2]). Въ предбрачныхъ договорахъ, напр., у вестготовъ, мы видимъ постепенное извращеніе германскаго приданаго въ подобіе *donatio propter nuptias* [3]). Даренія между супругами, если и не запрещены какъ въ римскомъ правѣ, то подчинены стѣснительнымъ формамъ [4]). Наконецъ, дѣлаясь вдовой, мать не только воспитываетъ своихъ дѣтей и удерживаетъ ихъ при себѣ, какъ это устанавливаютъ скандинавскіе законы; бургундскій и вестготскій законы предоставляютъ ей и настоящую опеку надъ дѣтьми [5]). Словомъ, если въ памятникахъ этой эпохи мы встрѣчаемъ всегда древне-германское право, то рядомъ съ нимъ мы находимъ повсюду и каноническое, и римское право.

Эта запутанная смѣсь не связанныхъ между собою учрежденій можетъ удивлять людей, привычныхъ, подобно намъ, жить подъ дѣйствіемъ правильнаго и однообразнаго законодательства. Но перенесясь мысленно въ среду современниковъ Хлодвига и Алариха, мы перестанемъ удивляться. Съ правомъ происходитъ въ это время то же, что и съ языкомъ, и съ самимъ обществомъ: оно не выработано и находится въ процессѣ образованія; элементы, изъ которыхъ оно должно составиться, стоятъ въ борьбѣ, предшествующей ихъ объединенію. Въ этомъ медленномъ и темномъ процессѣ образованія права можно, однако, различить нѣсколько послѣдовательныхъ стадій, и та, которую мы изучаемъ въ насто-

---

[1]) Marculf., II, 12: „Diurna, sed impia, inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem..., te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos in omni hereditate meae aequalem et legitimam esse constituo heredem".

[2]) Cap. Aquisgr., ann. 789, c. 42; cap. Worm., ann. 829, III, 3 (Walter, т. II, стр. 86, 385).

[3]) Petri except., I, 30; см. выше, стр. 305.

[4]) Они должны быть совершены *apud acta* и на письмѣ. Marculf., II, 7; for. Sirmond., 17.

[5]) L. Burgund., 59: „Amisso patre, filii, cum omni facultate, in ejus (viduae) solatio et potestate consistant".

ящую минуту, открывается нашествіемъ варваровъ для того, чтобы завершиться и замкнуться законодательной работой Карла Великаго. Разстояніе между этими предѣлами велико: у перваго — народъ, зовущійся франкскимъ, представляетъ собою еще не что иное' какъ слабо объединенное собраніе недисциплинированныхъ племенъ, то разсѣянныхъ по лѣсамъ, то группирующихся временно вокругъ того или другого военноначальника; у второго,—т.-е. уже въ концѣ настоящаго періода—мы находимъ сложившееся государство, установленные органы публичной власти и поднимающуюся надъ ними новую имперію, которая хотя и менѣе прочна, чѣмъ древняя, но почти такъ же блестяща и величественна. Какъ совершилась эта революція? Какимъ образомъ патріархальный строй племенныхъ союзовъ смѣнился монархическимъ порядкомъ большой имперіи? Отвѣтить на эти вопросы особенно важно потому, что революціи въ политическомъ порядкѣ соотвѣтствуетъ здѣсь не менѣе глубокая революція внутри семьи, сопровождающаяся полнѣйшимъ измѣненіемъ и положенія женщины.

Юридическія памятники, за которыми мы будемъ слѣдовать исключительно при изслѣдованіи настоящаго вопроса, даютъ намъ точныя и неопровержимыя свѣдѣнія о совершающемся въ этотъ періодъ общественномъ переворотѣ. Въ началѣ нашествія варваровъ они рисуютъ намъ германское племя, управляемое еще патріархальными учрежденіями. Каждая семья, управляясь сама собою, составляетъ, какъ бы, независимую республику, и если между двумя соперничествующими семьями возникаетъ какой-нибудь споръ, онъ разрѣшается такъ же, какъ разрѣшаются въ наши дни столкновенія между государствами, т.-е. заключеніемъ трактата или войной. Частная война, или *faida*, кажущаяся намъ теперь противорѣчіемъ праву, служитъ въ это время его первой и, можетъ-быть, единственной гарантіей [1]). А что мы увидимъ, если переступимъ пространство времени въ три столѣтія и откроемъ капитуляріи первыхъ королей карловингской династіи? О чемъ свидѣтельствуютъ эти капитуляріи? Они свидѣтельствуютъ объ уничтоженіи *faida*, установленіи государственнаго суда и подчиненіи семейныхъ властей контролю короля.

---

[1]) См. выше, стр. 191 Ср. 191 K. A. Rogge, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*, Halle, 1820.

Эта радикальная реформа есть лишь послѣдній этапъ въ цѣломъ рядѣ послѣдовательныхъ и частичныхъ реформъ, которыхъ поступательный ходъ можно прослѣдить шагъ за шагомъ въ серіи законодательныхъ актовъ настоящаго періода. Измѣненія какъ въ законахъ, такъ и въ правахъ, должны были начаться съ того дня, когда германскія племена, покинувъ свои лѣса, водворились въ латинскихъ городахъ. Зрѣлище чудесной для варваровъ цивилизаціи, тихое и неотвратимое вліяніе христіанства, привычка къ дисциплинѣ, пріобрѣтенная во время продолжительныхъ войнъ, обаяніе мирной жизни послѣ постояннаго утомленія и безпрестанныхъ битвъ,—все это, какъ будто, вступило въ заговоръ для того, чтобы склонить эти буйныя народности подъ власть непререкаемаго закона. Но древнія германскія учрежденія уступили натиску этихъ вліяній не безъ сопротивленія. Первыя варварскія законодательства ограничиваются тѣмъ, что только сожалѣютъ о практикѣ частныхъ войнъ, не осмѣливаясь еще наложить на нее руку. Они регулируютъ, прежде всего, ея примѣненіе, опредѣляя съ мельчайшими подробностями условія, т.-е. когда, гдѣ и между какими лицами [1]) она можетъ быть допущена, причемъ ограниченія права мести дѣлаются тѣмъ значительнѣе, чѣмъ болѣе почвы выигрываетъ цивилизація передъ варварствомъ [2]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, наконецъ, *faida* совсѣмъ запрещена, и мирное соглашеніе между оскорбленнымъ и оскорбителемъ, факультативное по своей природѣ, становится обязательнымъ въ силу закона [3]).

---

[1]) Westhgoethalagen, I, 6 (Schlyter, т. I, стр. 17): месть должна быть исполняема на мѣстѣ и въ часъ самаго проступка, „a sama vighvalli oc i sama stund“.—L. Frision., add. I, 1: „Homo faidosus pacem habeat in ecclesia, in domo sua, ad placitum eundo“.—L. Saxon., II, 6: „Si mordum quis fecerit... ille ac filii ejus sint faidosi“.

[2]) Такъ напр., въ то время какъ древніе ирландскіе законы разрѣшали въ принципѣ убійство оскорбителя (Grâgâs, *Vigslodi*, 79, 105; изд. Шлегеля. т. II, стр. 123), франкскіе законы требовали согласованія зла, наносимаго оскорбителю, съ причиненнымъ имъ вредомъ. L. Ripuar., 77. Ср. Chlodov. capit. IX (Pertz, IV, 4). Aelfrêdes dômas, XLII, 4 (Schmid, Leipsick, 1858, стр. 96).

[3]) Grâgâs, *Vigslody*, 15 (т. II, стр. 20): „Если въ теченіе трехъ дней, слѣдующихъ за убійствомъ, убійца предлагаетъ удовлетвореніе и проситъ мира, родственники убитаго не могутъ отказать убійцѣ ни въ томъ, ни въ другомъ“.

По мѣрѣ упадка индивидуальной независимости растетъ сила королевской власти. Украшенные заимствованными у римлянъ титулами патриція и консула, вожди варваровъ претендуютъ на наслѣдіе прежнихъ властителей міра. Коронуемые христіанскими понтифами, они считаютъ себя уполномоченными самимъ Богомъ къ водворенію на землѣ справедливости и мира. „Христіанскій король, говорилъ Этельредъ, это—представитель Христа; поэтому ему и надлежитъ наказывать за оскорбленія, наносимыя Христу“ [1]). Этотъ принципъ, чреватый послѣдствіями, даетъ начало цѣлой системѣ новыхъ учрежденій, и вскорѣ рядомъ съ частными войнами организуются обвиненіе и преслѣдованіе преступленій отъ имени короля [2]); рядомъ съ частными посредниками—судьи, поставленные королемъ [3]); рядомъ съ *композиціей* въ пользу оскорбленнаго—пени, вносимыя королю [4]). Этотъ королевскій судъ, имѣющій сначала исключительный и восполняющій характеръ [5]), распространяетъ постепенно область своего дѣйствія; сначала король вступается лишь въ интересы тѣхъ, кто не можетъ дѣйствовать самъ, т.-е. въ интересы лицъ неспособныхъ, остающихся безъ опекуна [6]); но впослѣдствіи онъ контролируетъ всѣ отношенія, такъ что оскорбленный не можетъ болѣе пользоваться своимъ правомъ мести иначе, какъ если самъ королевскій судья предоставляетъ оскорбителя въ его распоряженіе [7]).

---

[1]) Aethelrêdes dômas, VIII, 2 (Schmid, стр. 244): „Cristen cyning is Cristes gespelia..., and he sceal Cristesabilgthe wrecan swithe georne“.—Guntchrami edict. (Pertz, т. III, стр. 3).

[2]) „Accusator publicus, advocatus de parte publica“. Form. ad L. Rachis, 6, 8 (Walter, т. I, стр. 829, 830).

[3]) „Iudex *publicus*, grafio, comes“. Edict. Chlot. II, ann. 614 (Pertz, т. III, стр. 14). Ср. Edict. Rothar... 163, 189: „Sit in potestate regis judicare quod illi placuerit“.

[4]) Платежомъ *compositio* оскорбитель заключалъ миръ съ обиженной стороной; платежомъ *fredus* (frieden — миръ) онъ вступалъ въ миръ съ королемъ: „Ut pax perpetua stabilis permaneat“, читаемъ мы въ Ритуарской Правдѣ, 89 (al. 90). Преступленіе называется „cynincges mundbryce“ (Cnutes dômas, I, 2, § 4; II, 12;—Schmid, стр. 252, 277), что означаетъ „нарушеніе королевскаго мира“.

[5]) Такъ, *fredus* нельзя было требовать прежде, чѣмъ не выплачивалась цѣликомъ *compositio*. L. Ripuar., 89 (91).

[6]) L. Salic. ref., LXIII, 3;—Grâgâs, *Vigslodi*, 65 (т. II, стр. 107).

[7]) L. Baiuv., VIII, 8: „Fur comprehensus judici tradatur, et secundum legem *vindictae subjaceat*“. Wilda, *Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, стр. 165 и слѣд.

Является, наконецъ, Карлъ Великій, сообщающій законодательству болѣе твердое направленіе и болѣе быстрый ходъ. Преслѣдованіе преступленій, говоритъ великій законодатель среднихъ вѣковъ, имѣетъ своимъ предметомъ не месть, а „поддержаніе справедливости и мира“ [1]). Слѣдуя этому принципу, законъ лишаетъ частныхъ лицъ не только права наказанія виновнаго, но и возможности оставленія его безъ наказанія путемъ миролюбиваго соглашенія. Организована полиція для открытія преступленій, которыя могли бы быть оставлены въ тѣни черезъ попустительство заинтересованныхъ сторонъ [2]); частная *compositio* подчинена санкціи королевскихъ судей [3]) и *faida* уничтожена [4]). Съ этихъ поръ одинъ король обладаетъ правомъ какъ наказанія, такъ и помилованія; племя и семья передаютъ свой мечъ въ его руки; современное государство основано и революція совершена.

Отраженіе этой революціи мы видимъ и въ предѣлахъ семьи, гдѣ ею затронуто также гражданское положеніе женщины, къ которому намъ пора, наконецъ, вернуться.

Женщина всѣми малоразвитыми законодательствами ставится въ рядъ съ такими неспособными, которые требуютъ для себя господина или покровителя. Этого господина или покровителя она находитъ въ семьѣ, пока держится патріархальный строй и семья остается всесильной. Но когда возникаетъ государство и публичная власть растетъ, возвышаясь надъ семьей, тогда и опека надъ неспособными переходитъ въ другія руки и перестаетъ быть правомъ семьи; она обращается въ публичную повинность, отправляемую подъ контролемъ государства.

Таковъ феноменъ, представляемый исторіей всѣхъ законода-

---

[1]) „Ad veram justitiam perficiendam et pacem confirmandam“. L. Longob., c. 84, 86 (Walter, т. III, стр. 597).

[2]) Pippin. L. ann. 782, c. 8 (Pertz, т. III, стр. 43): „Judex unusquisque per civitatem faciat jurare ad Dei judicia homines *credentes* (достойные довѣрія)... ut, cui ex ipsis cognitum fuerit, i. e. homicidia, furta, etc..., ut nemo eas concelet“.

[3]) Древніе скандинавскіе законы требовали этой санкціи для крупнѣйшихъ преступленій. Grágás, *Vigslodi*, 38 (т. II, стр. 76), Послѣдующіе законы требуютъ ее всегда. Childeb. II и Chlotar. Pactus pro tenore pacis, 3 (Pertz, т. III, стр. 7).

[4]) Cap. a. 779, c. 22; cap. in Theod. villa, a. 805, c. 5; cap. Aquisgr., a 813, c. 28 и т. д. (Walter, т. II, стр. 61, 259, 333, 387).

тельствъ, начиная съ римскаго. Среди патріархальныхъ нравовъ какъ древняго Рима, такъ и древней Германіи, семья обладала исключительной властью надъ слабѣйшими изъ своихъ членовъ— женщинами и дѣтьми; опека надъ тѣми и другими была не тягостью, а правомъ, и правомъ агнатства, на-подобіе наслѣдственныхъ правъ, которымъ она служила дополненіемъ и гарантіей [1]). Но мало-по-малу эти нравы измѣнились, семейныя связи ослабѣли и открыли доступъ вмѣшательству государства; преторъ взялъ подъ свою защиту интересы неспособныхъ, сначала восполняя агнатическаго опекуна, потомъ надзирая за нимъ и иногда даже исключая его, а юриспруденція возвѣстила новый принципъ, въ силу котораго опека должна была учреждаться не въ интересахъ тѣхъ, кто ее отправлялъ, а исключительно въ интересахъ тѣхъ, надъ кѣмъ она учреждалась. Этотъ принципъ повелъ къ различнымъ послѣдствіямъ въ опекѣ надъ малолѣтними и въ опекѣ надъ женщинами: первую онъ укрѣпилъ и сдѣлалъ болѣе строгой, вторую—ослабилъ и, въ концѣ концовъ, разрушилъ. Разъ центръ тяжести опеки полагался въ интересахъ подопекаемыхъ, нетрудно было понять, что истинный интересъ совершеннолѣтней женщины лежалъ не въ чемъ другомъ, какъ въ свободномъ и неограниченномъ распоряженіи ею своими правами.

То же измѣненіе въ принципѣ опеки произошло и въ нашихъ франкскихъ законахъ: опека, бывшая сначала семейнымъ правомъ опекуна, становилась постепенно публичной повинностью въ интересѣ подопекаемаго. Но это измѣненіе не имѣло у насъ тѣхъ же послѣдствій, что въ древнемъ Римѣ: оно не эманципировало франкской женщины такъ, какъ оно эманципировало женщину въ древнемъ Римѣ. Въ ту эпоху неурядицы и насилія, когда спокойствіе и безопасность давались лишь монастырями и укрѣпленными замками, законъ долженъ былъ доставить особыхъ покровителей не только малолѣтнимъ, но и всѣмъ, кто не могъ защищать себя мечомъ, т.-е. старикамъ, немощнымъ, вольноотпущенникамъ, духовнымъ лицамъ [2]), женщинамъ. Такимъ образомъ, женщина по франкскимъ законамъ продолжала стоять подъ опекой, и если бы мы имѣли въ виду только внѣшнюю сторону дѣла, то можно

---

[1]) См. выше, стр. 132, 133.

[2]) См. выше, стр. 273 пр. 1.

было бы подумать, что ея положеніе вовсе не измѣнилось: вѣчная опека, или *mundium*, тяготѣетъ надъ нею какъ во времена Хлодвига, такъ и при Карлѣ Великомъ. Но измѣненіе, хотя и мало замѣтно, но не менѣе того дѣйствительно и глубоко: *mundium* надъ женщиной составляетъ при Хлодвигѣ исключительное право семьи; при Карлѣ В. имъ завладѣваетъ государство,—и мы увидимъ сейчасъ, какъ этотъ новый принципъ обновляетъ всю организацію опеки.

По древне-германскимъ обычаямъ *mundium* было исключительно правомъ семьи; если послѣдняя отсутствовала, то никакая опека не была возможна, и поэтому незаконнорожденное дитя оставалось безъ опекуна, какого бы оно ни было пола или возраста [1]). Опека представляла для семьи родъ семейнаго имущества, отъ котораго она могла отречься, и которое она была вправѣ уступить, а иногда даже и продать за деньги [2]). И если никто не дѣлался опекуномъ противъ своей воли, то никто не могъ быть и лишенъ права опеки иначе, какъ по своей охотѣ [3]). Ближайшій агнатъ—все равно, если бы онъ даже отсутствовалъ или былъ поставленъ въ невозможность вести опеку, или самъ состоялъ подъ опекой—носилъ, тѣмъ не менѣе, титулъ и имѣлъ всѣ права опекуна, передавая въ приведенныхъ случаяхъ другому лицу лишь отправленіе того права, котораго онъ самъ не могъ отправлять [4]). И какъ ни одна посторонняя власть не могла вытѣснить законнаго опекуна изъ его положенія, такъ же не было возможности и потребовать у него отчета въ его управленіи или вмѣшаться въ это управленіе. Одна семья имѣла право вступиться въ отношенія между подопекаемымъ и его опекуномъ.

---

[1]) Саксонское Зерцало, I, 48, § 1. Опека дѣлалась для незаконорожденнаго возможной лишь тогда, когда онъ самъ создавалъ себѣ семью вступленіемъ въ бракъ: въ этомъ случаѣ, дѣлаясь старымъ или немощнымъ, онъ подпадалъ подъ опеку своихъ дѣтей. Шваб. Зер. 415, § 3, 4.

[2]) Ср. Ed. Rothar., 183, 199, 217.

[3]) Этого права нельзя было потерять даже по завѣщанію отца семейства. Завѣщательная опека, какъ и завѣщательное наслѣдованіе, проникли въ варварскіе законы вѣроятнѣе всего черезъ вліяніе римскаго права.

[4]) Дитя, хотя и малолѣтнее, является, тѣмъ не менѣе, опекуномъ своей матери, какъ и въ древне-римскомъ правѣ: „Vere ipsam Gundi ego uxorem habeo, eo quod mihi eam ad legitimum matrimonium tradidit *Amalfredus filius ejus, cum mundualdo suo*". Dipl. a 874 (Mabillon, 1. VI, n. 105, стр. 544).

Но семья не могла сохранить долго свою автономію: ей пришлось считаться съ общественной властью и допустить послѣднюю къ участію въ своихъ правахъ. Король, хранитель справедливости и права всѣхъ, обязанъ былъ особымъ покровительствомъ тѣмъ, кто не могъ самъ защитить себя. Это вмѣнялось ему въ долгъ Священнымъ Писаніемъ, и онъ, какъ представитель Божества, долженъ былъ, согласно языку этого Писанія, „быть отцомъ сиротъ и хранителемъ вдовъ“ [1]). Поэтому и христіанскіе епископы, коронуя королей, заставляли ихъ присягать прежде всего въ томъ, что они будутъ защищать слабыхъ, т.-е. служителей Бога, дѣтей и женщинъ [2]); и короли, въ свою очередь, назначая должностныхъ лицъ, предписывали имъ ту же присягу [3]). Во всякомъ случаѣ эта идея королевской опеки, совершенно чуждая германскимъ нравамъ, проникала въ нихъ и получала осуществленіе медленно и постепенно. Сначала, исходившая изъ нея опека имѣла лишь восполняющее, субсидіарное значеніе, и король покрывалъ своей защитой только тѣхъ, кто не стоялъ ни подъ какой семейной опекой. „Справедливость требуетъ, говорятъ древнія формулы, чтобы королевская власть распространяла свое покровительство на лицъ, лишенныхъ способности и защиты“ [4]). Эти лица были: незаконнорожденные, иностранцы, евреи, духовенство [5]), наконецъ, — жен-

---

1) Второзаконіе, XXVII, 19; Книга Исхода, XXII, 21—24; Friesisch. Küren, 11 (Richthofen, Berlin, 1840, стр. 19): „Fretho alle widuon and alle werlase liodon... thruch natha and truch Godis nata“ (Миръ вдовамъ и всѣмъ тѣмъ, кто не можетъ носить оружія... именемъ Бога и милостью Божьей).—Aethelredes dômas, V, 21 (Schmid, стр. 224): „And si oelk wydewe... on Godes grithe and on thoes cynges“ (И да будетъ каждая вдова въ мирѣ Божьемъ и королевскомъ).—Capit. IV, ann. 806 c. 9 (Walter, т. II, стр. 223): Sub Dei defensione et nostro mundeburdo“.

2) „Deus hoc potissimum desiderat“—говоритъ архіепископъ Майнцскій при короновании Конрада II—„ut sis defensor ecclesiarum et clericorum, *tutor viduarum* et orphanorum“. Wippo, *Vita Conradi*, цитировано у Kraut, *die Vormudschaft*, т. I, стр. 80).

3) Marculf., I, 8: „Actionem comitatus... tibi commisimus, ita ut... viduis et pupillis maximus defensor appareas“.

4) Marculf, I, 24.

5) Capit. I, ann 806, c. 15; I. V. c. 364 (Walter, т. II, стр. 219, 576); Саксонское Зерцало, III, 7, § 3; 45, § 11. Незаконнорожденные назывались *дѣтьми короля*. Haltaus, слово Königskinder.

щины, не имѣвшія мужей и родственниковъ [1]). Всѣ они находились подъ охраной королевскихъ чиновниковъ и назывались на юридическомъ языкѣ того времени „подопекаемыми короля" [2]).

Съ усиленіемъ королевской власти расширилась естественно область примѣненія и королевской опеки, присвоивавшей себѣ все болѣе и болѣе правъ семейной опеки. Если король считалъ себя ставленникомъ Бога для защиты слабыхъ и угнетенныхъ, то могъ ли онъ при исполненіи этой миссіи ограничивать свою помощь тѣмъ, кто не имѣлъ естественнаго покровителя? Не обязанъ ли онъ былъ подобной же помощью и тѣмъ, для кого законные опекуны служили лишь суровыми господами или недобросовѣстными управителями ихъ имущества? Вдохновленные этими идеями, каровинги не довольствовались болѣе замѣщеніемъ уходившихъ или отказывавшихся отъ своего права опекуновъ: они стали и надзирать за ними, а въ случаѣ надобности—и смѣщать ихъ. „Пусть наши посланные (missi dominici)—пишетъ Карлъ Великій — освѣдомляются о положеніи вдовъ и всѣхъ неспособныхъ, пусть они слѣдятъ за тѣмъ, чтобы у этихъ лицъ были осмотрительные и справедливые опекуны; если этого не окажется, они поставятъ другихъ опекуновъ, а въ случаѣ неуспѣха своихъ усилій—обратятъ такія дѣла на мое личное разсмотрѣніе. Ибо, послѣ Бога и Его святыхъ, забота о сиротѣ и вдовѣ принадлежитъ императору" [3]).

Такимъ образомъ, опека надъ неспособными переходила мало-по-малу изъ семьи въ другія руки и при этомъ переходѣ совершенно измѣняла свой характеръ. Для опекуна она перестала быть правомъ и обратилась въ тягость; не будучи въ состояніи уклониться отъ опеки добровольнымъ отреченіемъ, онъ могъ быть лишенъ ея путемъ смѣщенія. Напротивъ, для подопекаемаго (и я понимаю подъ этимъ именемъ не только малолѣтнихъ, но и женщинъ)

---

[1]) Ed. Rothar., 205, 182: „Si parentes non fuerint legitimi, tunc mundium mulieris ad *curtem regis* pertineat". L. Salic. ref., XLVI, II.

[2]) Fries. Landrecht, 13 (Richthofen, стр. 65) : Dio vidue is des Koninges mondele". Capit. Car. Calvi, XXIV, 2 (Walter, т. III, стр. 74).

[3]) Cap. II, a. 802, c. 20—23 (Walter, т. II, стр. 170): „Ut omnes, ecclesiae viduae, (orphani) habeant bonos vicedominos et advocatos... Et quod per se (missi nostri emendare non potuerint, in praesentiam nostram adduci faciant"—Capit. I, a. 802, c. 5 (Walter, т. II, стр. 159): „... Quia ipse Domnus, imperator, post Domini et sanctorum ejus, quorum et protector et defensor esse constitutus est".

опека стала преимуществомъ; личность и имущество его охранялись спеціальной и строгой санкціей: посягательство на то и другое было нарушеніемъ королевскаго мира и каралось сравнительно большой пеней [1]). Въ пользу подопекаемаго были учреждены особое судопроизводство и особая подсудность: его дѣло слушалось безъ замедленія и прежде всякаго другого [2]); доступъ въ судъ, такъ затрудненный обыкновеннымъ тяжущимся, былъ для него легокъ, и, недовольный опекуномъ, онъ могъ быть увѣреннымъ въ томъ, что его жалоба будетъ всегда выслушана. Виновный опекунъ не только подвергался смѣщенію, но наказывался иногда и пеней, такъ какъ, обижая подопекаемаго, онъ оскорблялъ самого короля [3]).

Вотъ чѣмъ дѣлается къ концу настоящаго періода древне-германское *mundium:* оно становится для женщины привиллегіей и благодѣяніемъ. Но не слѣдуетъ все-таки обманываться. Предоставляя женщинѣ всякаго рода привиллегіи, законъ не признаетъ за нею, однако, того, что стóило бы болѣе всѣхъ привиллегій, т.-е. равенства. Женщина по капитуляріямъ—не ровня мужчины: дочь, супруга или вдова, она всегда имѣетъ надъ собою, если не господина, то покровителя. Нѣтъ сомнѣнія, что эта вѣчная опека, представляющаяся намъ теперь безполезной и одіозной, составляла въ свое время необходимость. Общество было слишкомъ мало установлено, общественный порядокъ—слишкомъ слабо обезпеченъ, для того, чтобы женщина могла разсчитывать на безопасность въ независимости. Все, что законъ могъ сдѣлать для нея, это—окружить ее, какъ то было въ Римѣ, постояннымъ и бдительнымъ покровительствомъ. Осуществленіе этого дѣла и составляетъ заслугу Карла В., достойную его генія.

II.

По смерти Карла Великаго, воздвигнутое имъ зданіе должно было, казалось, рушиться. Одно время можно было даже опа-

---

[1]) „Ut viduae... per bannum regis pacem habeant (Cap. II, a. 813, c. 8), et, ubi fuerit infracta, LX solidis componatur". Cap. a 788, c. 2; cap. I, a. 819, c. 9; ср. L. Salic., XIV, 5.

[2]) Даже прежде дѣла самого короля. Cap. I. II, c. 33 (coll. Ansegisi); cap. a. 755, c. 23; cap. III, a. 805, c. 3); cap. I, a. 819, c. 3.

[3]) Ср. Швабское Зерцало, с. 324, § 12, 13.

саться, что общество, едва вырванное изъ состоянія варварства, снова и навсегда вернется къ нему, и что столько усилій и генія потрачено безслѣдно для человѣчества. Но этотъ тяжелый кризисъ служилъ лишь переходомъ къ новому общественному порядку, и, наблюдая ближе феодальныя учрежденія, можно видѣть, что они связываются безчисленными и тѣсными нитями съ учрежденіями карловингской эпохи. Что касается спеціальнаго предмета настоящаго изслѣдованія, то логическое отношеніе между старой и новой системами законодательства выступаетъ здѣсь, какъ бы, само собою. Мы видили на предшествующихъ страницахъ, какъ *mundium*, т.-е. власть надъ всѣми лицами, неспособными носить оружіе, перешла отъ семьи къ государству и стала однимъ изъ атрибутовъ сюзеренства. Это—конечный результатъ карловингскаго—и, въ то же время, исходный пунктъ феодальнаго законодательства. Принципъ не измѣняется: въ Libri feudorum, какъ и въ капитуляріяхъ, право опеки остается принадлежностью политической власти. То, что измѣняется, это—политическая власть. Карлъ Великій концентрируетъ ее въ своихъ могучихъ рукахъ; но послѣ его смерти, громадная имперія, разбитая и, какъ бы, раскрошенная, дробится на тысячи мелкихъ и независимыхъ сеньорій. Каждый изъ мелкихъ сеньоровъ—король въ своей землѣ: онъ надѣленъ всѣми правами сюзерена, ведетъ войны, чеканитъ монету, отправляетъ правосудіе и наслѣдуетъ также право опеки; всѣ неспособные — клирики, евреи, дѣти, иностранцы, женщины,—словомъ, всѣ, не владѣющіе оружіемъ для самозащиты, не находятъ болѣе безопасности внѣ зависимости и отдаютъ себя въ распоряженіе этихъ новыхъ господъ [1]). Такимъ образомъ, опека переходитъ изъ рукъ короля въ руки феодальнаго сеньора, какъ она переходитъ сначала отъ семьи къ королю, и въ обѣихъ послѣдовательныхъ фазахъ своего развитія она подчиняется одному и тому же закону, идя слѣдомъ за общественной властью, которая перемѣщается:

---

[1]) Grand coustumier de Normandie, ch. LXXVII: „Pour ce que le Duc de Normandie, plein de charité, receut anciennement en sa garde et protection les veufves, femmes et orphelins, pour ce que leur fragilité ne leur laisse avoir autre defenseur, le Bailly doibt faire aspre justice des mesfaicts qui leur sont faictz“...— Опека надъ монастырями получаетъ особое названіе *advocatura*, откуда происходятъ какъ *avoueries* нашего древняго права, такъ и *advowsons* современной Англіи.

патріархальному строю соотвѣтствуетъ семейная опека, монархическому—королевская, а феодализмъ приноситъ съ собою неминуемо и сеньоральную опеку.

Никогда, дѣйствительно, слабые и маленькіе люди не чувствовали въ такой степени потребности въ защитѣ, какъ во времена феодализма. Этотъ порядокъ при своемъ возникновеніи былъ, въ особенности, военнымъ порядкомъ [1]). Когда безпокойный духъ франкскихъ воиновъ, недостаточно сдержанный Карломъ Великимъ, сбросилъ съ себя ярмо королевской власти, и когда каждый собственникъ, въ предѣлахъ своего имѣнія, сдѣлался господиномъ, сеньоромъ и королемъ, тогда пришлось само собою вернуться къ праву, устанавливаемому силой оружія. Какъ прежде между двумя германскими семьями, такъ и теперь между двумя феодальными сеньорами—всѣ споры стали рѣшаться оружіемъ; и какъ въ германской семьѣ первой обязанностью всѣхъ ея членовъ было сражаться за общее семейное дѣло, такъ и первымъ долгомъ вассала стало вооружаться для своего синьора. Вассалъ былъ не чѣмъ инымъ, какъ солдатомъ, *miles*—на языкѣ старыхъ грамотъ. Цѣной военной службы и на положеніи жалованія [2]) за нее, онъ владѣлъ и своей землей, леномъ, а такъ какъ съ этимъ леномъ связывались всѣ его права, всѣ оказываемыя ему почести и даже имя, которое онъ носилъ, то можно сказать, что у него не было ничего, чѣмъ онъ не былъ бы обязанъ своему мечу.

Какое же могло быть при такомъ порядкѣ вещей положеніе тѣхъ, кому возрастъ или полъ не позволялъ заниматься военнымъ ремесломъ? Какова могла быть судьба женщины? Всегда зависимая отъ власти другого, какъ и во времена Хлодвига или Карла Великаго, она продолжала при новомъ строѣ оставаться въ подчиненіи, которое стало даже тѣснѣе и жестче. При Хлодвигѣ у

---

[1]) Поэтому и страны, оставившія намъ самыя полныя свидѣтельства о феодальной системѣ, суть тѣ, въ которыхъ феодализмъ былъ насажденъ войскомъ завоевателей, что мы видимъ, напр., въ Англіи, въ Норманскомъ королевствѣ Италіи, въ христіанскомъ королевствѣ на Востокѣ. Феодализмъ во Франціи не заходилъ никогда такъ далеко въ своемъ развитіи. Французскій сеньоръ не могъ относиться къ своимъ вассаламъ и даже поселянамъ, платившимъ ему цензъ, но принадлежавшимъ къ одной съ нимъ расѣ, такъ, какъ относился норманскій баронъ къ саксонскому тану.

[2]) *Fee-od*, *feodum*, *feudum*.

нея не было другихъ господъ, кромѣ родственниковъ, въ привязанности которыхъ къ себѣ она находила еще гарантіи противъ злоупотребленій ихъ властью. При Карлѣ Великомъ господиномъ женщины былъ, въ особенности, монархъ, который стоялъ слишкомъ высоко надъ нею — для того, чтобы находить какой-либо интересъ въ ея притѣсненіи. Напротивъ, феодализмъ не ставилъ женщины ни подъ доброжелательную опеку ея близкихъ, ни подъ высшее покровительство монарха; онъ навязывалъ ей въ опекуны человѣка, который находился постоянно около нея и, оставаясь въ то же время чужимъ ея семьѣ, долженъ былъ сдѣлаться самымъ невыносимымъ изъ тирановъ. Къ счастью, однако, феодальные принципы встрѣчали всегда во Франціи—то въ нравахъ, то въ законахъ,—препятствія, значительно ихъ смягчавшія. Оспариваемые и стѣсняемые со всѣхъ сторонъ римскимъ, каноническимъ и обычнымъ правомъ, они теряли все болѣе и болѣе почвы подъ ногами и сокращались постоянно въ области своего примѣненія. Для опредѣленія границъ этой области намъ придется различить нѣсколько послѣдовательныхъ періодовъ.

Можно предположить съ большой вѣроятностью, что сначала женщины не имѣли никакого участія въ феодальной собственности и считались неспособными владѣть имуществами, налагавшими на ихъ владѣльцевъ такія обязанности, которыхъ онѣ не могли исполнять [1]). Нѣтъ сомнѣнія, что договоръ, по которому сеньоръ вздумалъ бы надѣлить женщину феодальнымъ владѣніемъ, не представлялъ бы ничего невозможнаго: сеньоръ былъ государь въ своихъ владѣніяхъ, и, при отсутствіи публичнаго права, все зависѣло отъ гражданскаго закона, т.-е. договора, устанавливавшаго феодальное отношеніе. Но если такой договоръ былъ возможенъ, то его отвергалъ общій обычай [2]), и этотъ обычай держался, несомнѣнно, до тѣхъ поръ, пока лены были срочны, или пожизненны и состояли въ простомъ пользованіи, котораго условіемъ и цѣной была военная повинность. Но когда большинство леновъ стали наслѣдственными и составили собою настоящую

---

[1]) Cons. feud., I, 1, § 3; 8, § 2; II, 11; Chonradi II edict. de benef. (Pertz, т. IV, стр. 39); Saechs. Lehnrecht, 2 (Homeyer, Berl., 1842, 142).

[2]) Brussel, *Usage des fiefs*, I, 7. Ученый фёдистъ заходитъ, однако, слишкомъ далеко, когда утверждаетъ, что дочери при карловингахъ не получали никогда бенефицій и леновъ даже по соглашенію о пережитіи.

собственность, тогда не замедлило установиться и различіе между пользованіемъ и собственностью на ленъ, между осуществленіемъ права и его существомъ; военная повинность была связана съ пользованіемъ, а не съ собственностью, и такимъ образомъ сдѣлалось возможнымъ то, что лицо, неспособное къ военной службѣ, допускалось къ собственности на ленъ, которымъ оно не пользовалось. Съ этихъ поръ феодальная собственность стала доступна женщинѣ, и то общее правило, которымъ женщины въ различныхъ государствахъ Европы исключались изъ наслѣдованія леннымъ имуществомъ, смѣнилось, по крайней мѣрѣ во Франціи, противоположнымъ началомъ [1]): если вассалъ умиралъ, оставивъ послѣ себя лишь дочь, то сеньоръ не могъ отобрать у нея отцовскій ленъ и пустить сироту по міру, но могъ, оставивъ за ней собственность на этотъ ленъ, принять на себя управленіе и пользованіе имъ—взамѣнъ той военной повинности, нести которую она была неспособна [2]). Таково происхожденіе феодальной опеки, и мы видимъ, что это учрежденіе, впослѣдствіи нестерпимое и ненавистное, выступаетъ сначала въ формѣ благого дѣла. Въ дѣйствительности, эта опека для женщины несравненно тягостнѣе, чѣмъ германское *mundium*: она даетъ сеньору пользованіе не только леномъ подъопекаемой, но и всѣмъ остальнымъ ея имуществомъ [3]); она предоставляетъ ему даже собственность на ея движимость, которая разсматривается какъ

---

[1]) Othon de Freisingen, *de gest. Frider.*, I, II, 29 (Basil., 1569, стр. 258): „Mos in illa (Burgundia) qui pene in omnibus Galliae provinciis servatur, remansit, quod semper seniori fratri ejusque liberis, *seu maribus seu feminis*, paternae hereditatis cedat auctoritas, coeterisque ad illum tanquam ad dominium respicientibus“—Epist. Ludov. VII (Duchesne, т. IV, стр. 732): „Consuetudo est regni nostri, ubi, *si melior sexus defuerit*, mulieribus succedere et hereditatem administrare conceditur“.— Lois du Hainaut, de 1200 (Martène, *Anecd.*, т. I, стр. 769).—Поэтому же мужскіе наслѣдники предпочитаются лишь въ равныхъ степеняхъ: „Ne feme ne prent tant come il y ait homme issint prés“. *Livre de jostice et de Plet*, стр. 221.—Ср. Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*, стр. 468 и слѣд.

[2]) *Livre de jostice*, стр. 247, 255: „L'en doit prendre à feme (т.-е. принять ее въ вассалы) feme, car elle pot fere par autrui ce qu'elle ne pot fere de soi.“—Gl. zu Saechs. Lehnrecht, 2 (Homeyer, стр. 347).

[3]) Boutillier, *Somme rurale*, I, 93: „Car sçachez que fief est de si noble nature et condition, que quiconque a le bail d'aucun par la raison du fief, aussi bien a-t-il la garde de toutes autres terres, car ainsi le veut le droit de fief“.

простая принадлежность лена [1]). Сеньоръ то сохраняетъ пользованіе леномъ за собою, то уступаетъ его какому нибудь рыцарю, который, въ видѣ платы за эту уступку, долженъ „нести ленъ“ женщины, т.-е. исполнять вмѣсто нея военную повинность. Такой именно военный замѣститель женщины и носитъ обыкновенно въ старыхъ грамотахъ имена *опекуна*, *фохта*, *адвоката* (advocatus); онъ является представителемъ женщины на судѣ сеньора и въ юридическихъ актахъ [2]). Но этотъ опекунъ выбирается не женщиной; принадлежа обыкновенно къ числу „людей“ сеньора, онъ выбирается или, по крайней мѣрѣ, признается этимъ послѣднимъ, и такъ какъ подобная опека приноситъ выгоды и имѣетъ имущественную цѣнность, то сеньоръ назначаетъ ее въ продажу и уступаетъ тому, кто предлагаетъ за нее высшую цѣну.

Изъ права сеньора выбирать „адвоката“ для женщины-вассала возникаетъ еще болѣе притѣснительное право—выбирать ей мужа [3]). Это послѣдствіе неизбѣжно: располагать рукой подъопекаемой было всегда, по началамъ германскаго права, одной изъ прерогативъ власти опекуна [4]). Къ тому же сеньоръ былъ заинтересованъ въ томъ, чтобы его женскіе вассалы не переходили въ семью и не подпадали вліянію чужого человѣка—можетъ-быть, врага [5]). Интересъ его лежалъ въ союзѣ вассальной женщины съ человѣ-

---

[1]) Gl. zu Saechs. Lehnrecht, 58.

[2]) Saechs. Lehnrecht, 56; см. выше, стр. 274.

[3]) Vaissette, *Hist. du Lang.*, т. II, доказательства, п. 419: „... Sit ille infans, vel omnes illi infantes, cum castro melgoriensi... in potestate et in bailia Guillelmi Montispessulani,.. tamdiu donec, si masculus vel masculi fuerint, milites fiant... Si vero femina vel feminae fuerint, sint in eadem potestate et in bailia Guillelmi Montisp., sive tuorum successorum, qui praeerunt Montipessulano, *tamdiu, donec tuo tuorumre consilio successorum legitime copulentur viris*, et tunc illae recuperent suum honorem cum suis rebus sine engauno“.

[4]) См. выше, стр. 241.

[5]) Etabliss. de saint Louis, I, 63 (Ordonn. des rois de France, т. I, стр. 155): „.. Dame, je vuel que vous me donnés seureté que vous ne mariez vostre fille sans mon conseil... car ele est fille de mon hons lige pour ce ne vuel je pas que ele soit fors-conseillée“.—Ср. Britton, III, 3 (изд. Nichols, Oxford, 1865, стр. 23): „Les mariages de totes voloms nous aver, de quel âge qe eles soint... pur ceo que les heirs femelles de nostre terre ne se mariasent à nos ennemys, et dounc il nous convendreit leur homage prendre, si eles se pusent marier a lour voluntez“.

комъ его выбора, такъ какъ мужъ этой женщины становился самъ его вассаломъ, его „человѣкомъ“, принималъ отъ него инвеституру и „носилъ ленъ“ своей жены. Такимъ образомъ, рука наслѣдницы-дворянки, какъ и пользованіе ея имуществомъ, получили значеніе вещи, которую можно было продать, и которую алчность сеньоровъ отдавала, часто съ аукціона, наименѣе достойному. Вдовы, какъ и дѣвушки, были предметомъ этого постыднаго торга, такъ какъ интересу сеньора соотвѣтствовало то, чтобы вдова продолжала ставить ему вооруженнаго человѣка и замѣняла, какъ можно скорѣе, умершаго мужа другимъ. Это смѣшное и одіозное преслѣдованіе вассальной женщины останавливалось лишь по достиженіи ею 60-лѣтняго возраста, когда всѣ вассалы, какъ ветераны, освобождались вообще и отъ военной, и отъ всякой иной службы „своимъ тѣломъ“ [1]).

Казалось бы, что такого рода преслѣдованіе не должно было затрогивать женщинъ низшаго положенія, какъ, напр., дочерей крѣпостныхъ, вилановъ и т. д. — именно потому, что ихъ положеніе было слишкомъ низко. Но въ дѣйствительности происходило иное: если сидящіе на помѣщичьихъ и монастырскихъ земляхъ не были обложены военной повинностью, то они были обложены, говоря языкомъ фёдистовъ, „большими службами тѣла и рукъ“ („grands services de corps et de bras“), которыя не могли исполняться женщиной. Вотъ почему исторія крестьянскихъ держаній такъ сходна съ исторіей держаній дворянскихъ. Женщина была исключена сначала изъ всякаго наслѣдованія земельнымъ надѣломъ [2]), и когда впослѣдствіи ее допустили къ нему, сеньоръ удержалъ надъ дочерью вилана то же право, что и надъ дочерью рыцаря,—право пользованія ея землей и распоряженія ея рукой. Дочь вилана была бѣдна и не имѣла приданаго, почему ея рука не продавалась съ молотка, какъ рука дочери благороднаго вассала; но феодальная тиранія нашла способъ примѣниться къ ней въ особой формѣ: у нея брали то, что можно было взять, и, за

---

[1]) Assises de Jerusalem, гл. 244: „Parce que quand la gent qui service doibvent de leur corps, ont passé soixante ans d'âge, ils sont quittes d'iceluy service“.—Женщина не могла отказаться отъ замужества иначе, какъ отказавшись, въ то же время, и отъ своего лена. Assises, гл. 242, 246. См. выше, кн. III, гл. II, § 2.

[2]) Brussel, *Usage des fiefs*, т. 1, стр. 89.

отсутствіемъ имущества, она расплачивалась за согласіе сеньора на свой бракъ своей честью. Существованіе этого знаменитаго „*права сеньора*“ многими оспаривается, и мы охотно присоединились бы для чести человѣческой природы къ этому протесту, если бы неоспоримыя свидѣтельства объ этомъ безславномъ обычаѣ не сохранились въ памятникахъ всѣхъ странъ, гдѣ царилъ феодализмъ,—начиная отъ Сициліи и кончая Шотландіей [1]).

Но по закону справедливаго возмездія, злоупотребленіе учрежденіями ведетъ къ ихъ паденію. Обращая свои феодальныя права въ орудіе для вымогательствъ и въ предметъ торговли, сеньоры расшатываютъ эти права въ ихъ основаніи и ускоряютъ ихъ гибель. Съ того дня, какъ личныя службы колона и вассала были превращены, благодаря алчности бароновъ, въ денежные взносы, паденіе феодализма стало близко и неизбѣжно. Феодальная служба въ своей первоначальной формѣ приносила несомнѣнную пользу и не была чужда величія. Обширная іерархія вассаловъ, всегда готовыхъ сѣсть на коней и биться по зову своихъ сеньоровъ, была въ свое время единственной политической силой и составляла во всѣхъ частяхъ королевства настоящую постоянную армію. Но какъ только военная и другія службы вассаловъ были переведены на деньги и обращены къ выкупу, къ этимъ замѣнившимъ прежнія службы денежнымъ платежамъ стали относиться не иначе, какъ къ разорительному для частныхъ лицъ обычаю, лишенному притомъ всякой пользы для государства. Съ тѣхъ поръ старое феодальное зданіе давало со всѣхъ сторонъ трещины. Римское право, изученіе котораго начало процвѣтать, провозглашало принципъ равенства всѣхъ подъ владычествомъ одного. Каноническое право, вѣрное своему христіанскому источнику, выступало на защиту права слабыхъ противъ сильныхъ. Королевская власть, нѣсколько окрѣпшая, искала возстановленія карловингскихъ традицій и утверждала за собою, какъ и во времена Карла Великаго, верховную опеку надъ вдовами и сиротами [2]). Мы увидимъ, какъ благодаря всѣмъ этимъ

---

[1]) См. для Франціи *Ordonn.*, т. II, стр. 118, прим., и документы, обнародованные Bouthors (*Coutumes locales du baillage d'Amiens*, Amiens, 1845, т. I, стр. 484), Delisle (*Etudes sur la condition de la classe agricole en Normandie au moyen âge*, Evreux, 1851) и Delpit (*Réponse... sur le droit du seigneur*, Paris, 1857).

[2]) P. de Fontaines, гл. XXI, п. 45.

могущественнымъ покровителямъ, женщина была, наконецъ, изъята отъ своего ненавистнаго господина и возвращена къ независимости.

Самое притѣснительное изъ всѣхъ феодальныхъ правъ, *обложеніе браковъ,* подверглось прежде всего нападенію. Сеньорамъ перестали вносить взыскиваемую ими чрезвычайную плату за то согласіе на бракъ, отказывать въ которомъ у нихъ не было болѣе законнаго интереса; ордонансы и обычное право установили твердый тарифъ, котораго они не могли переступать. Этотъ тарифъ понижался вмѣстѣ съ соціальнымъ положеніемъ женщины [1]). Съ дочери вилана, слишкомъ бѣдной для того, чтобы расплачиваться деньгами, сеньоръ не получалъ, въ видѣ платы за свое согласіе на ея бракъ, ничего иного, какъ бутылку вина, „мясное блюдо" и мѣсто за свадебнымъ столомъ для своего служителя или своихъ собакъ [2]). Кое какіе изъ этихъ странныхъ обычаевъ, въ которыхъ можно видѣть послѣдніе остатки стараго „права сеньора", удерживались еще въ XVII в. Но это было рѣдкое исключеніе: съ конца среднихъ вѣковъ налоги на бракъ и обрученіе перестали существовать почти во всѣхъ европейскихъ странахъ [3]).

Въ одно время съ уничтоженіемъ налога на бракъ мы видимъ постепенное исчезновеніе и другого права феодальнаго опекуна—

---

[1]) См. хартіи Soissons, 5, a. 1181; Vaissy, 5, a. 1185; Sens, 5, a. 1189: Senlis, 5, a. 1200, и т. д. (*Ordon.*, т. XI, стр. 219, 237, 262, 278; т. XII, стр. 292, 295, 419).—Vaissette (т. II, стр. 530) сообщаетъ, что виконтъ de Béziers пожаловалъ въ 1183 г. многимъ изъ своихъ „людей" право „выдавать свободно замужъ ихъ дочерей, не спрашиваясь его совѣта, но подъ тѣмъ условіемъ, что бы они заплатили за себя и свое потомство *два обычныхъ въ этой мѣстности солида*".

[2]) L. Delisle, въ ук. соч., стр. 63—70.

[3]) См. хартіи Montdidier, Senlis, Saint-Jean-d'Angély и т. д. (*Ordon.*, т. V, стр. 671; т. XI, стр. 278; т. XII, стр. 288).—Письмо короля Филиппа-Августа къ гражданамъ города Caen 1220 г. (Du Cange, слово *Usura*): „Concessimus Burgensibus nostris de Cadomo... quod nec nos nec heredas nostri trademus uxores vel filias eorum aliquibus in maritagium contra voluntatem eorum, nisi feodum vel membrum loricae teneant".—Хартія Charroux, 11, a. 1247 (Ch. Giraud, т. II, стр. 402): „Etan condumgne havé li borzés de Charros ob le comte et ob l'abé, que fame de Charros ne doibt etre mariée, sinon avi la velonte'et au conseie de ses amys; ne li coms ne li abés ne leur en doibvent faire priera, quar lor priere est force". Но еще въ XVI в. мы встрѣчаемся съ тѣмъ же воспрещеніемъ настоящаго налога въ Ordonnance de Blois, 1579, art. 281.

его пользованія имуществомъ подопекаемаго. Англійская Великая Хартія, примѣнявшаяся также во многихъ провинціяхъ Франціи, отмѣнила по отношенію къ вдовѣ и обложеніе брака, и право сеньоральнаго пользованія [1]). Ордонансы освободили отъ того же права и совершеннолѣтнюю, но не вышедшую еще замужъ дѣвушку [2]), что было не только умно, но и необходимо послѣ отмѣны налога на бракъ. Если бракъ подопекаемой пересталъ служить поводомъ для обогащенія сеньора, то и его право пользованія не должно было обращаться во вредъ подопекаемой: злоупотребляя этимъ правомъ, онъ могъ бы препятствовать ея замужеству. Ограниченное такимъ образомъ въ своей продолжительности, сеньоральное пользованіе было ограничено и въ предметѣ: оно тяготѣло теперь не на всемъ имуществѣ подопекаемаго, какъ это было прежде, а на одномъ лишь ленѣ. Съ этихъ поръ малолѣтній вассалъ имѣлъ сразу двухъ опекуновъ: своего сеньора—по лену, и своихъ законныхъ родственниковъ—по всему остальному имуществу [3]), при чемъ первая опека постепенно уступала мѣсто второй, такъ какъ среди сеньоровъ установился обычай передавать за извѣстную плату законному опекуну и пользованіе леномъ. Этимъ путемъ право сеньоральнаго пользованія было такъ же обращено на выкупъ, какъ и право обложенія браковъ [4]).

Но осуждены на паденіе были не только отдѣльныя выгоды, связанныя съ феодальной опекой надъ женщиной. Потрясено было и самое основаніе этой опеки — съ того времени, какъ вассалы получили возможность откупаться цѣной денегъ отъ своей военной службы. Разъ ленная служба была сведена на денежные платежи, женщина дѣлалась такъ же способной, какъ и мужчина, оплачивать эту службу и не имѣла болѣе надобности ни въ представи-

---

[1]) Грамота (lett. pat.) Генриха II, герцога Норманскаго, 1155г.; Magna Carta, 7, 8; *Livre de jostice*, стр. 238: „Feme, s'ele est veve, ne sert pas, se sis mariz a servi".

[2]) Ордонансъ Людовика Святого 1246 г., art. 9 (*Ordon.*, т. I. стр. 59). Ср. Boutillier, I, 93.—Надзоръ и малолѣтство прекращаются для женщины даже скорѣе, чѣмъ для мужчины, „parce que,—говоритъ древнѣйшій сборникъ обычнаго права Бретани (la trés ancienne coutume de Bretagne),—toutes malices peuvent être plus tôt en femmes qu'en hommes". Гл. 80.

[3]) Въ Германіи—*Lehnsvormund*, *Allodialvormund*. Kraut, *die Vormundschaft*, т. III, стр. 5 и слѣд.

[4]) Vetus auctor de benefic., I, 71, 72 (Homeyer, Berlnn, 1844, стр. 100).

телѣ, ни въ опекунѣ, для того, чтобы они „несли ея ленъ". Составилось даже убѣжденіе, что всякое надѣленіе женщины леномъ и каждая даваемая ей инвеститура уже заключаютъ въ себѣ молчаливое и само собою подразумѣваемое условіе о выкупѣ феодальной службы [1]). Съ этихъ поръ сеньоральную опеку можно считать уничтоженной, и если она встрѣчалась еще въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, то это значило, что привычка дѣйствовала здѣсь сильнѣе логики и сообщала искусственную жизнь учрежденіямъ, которыя въ принципѣ были уже давно осуждены. Такимъ образомъ, феодальная опека медленно угасала, и время ея исчезновенія соотвѣтствуетъ въ общемъ, въ различныхъ странахъ Европы, той политической революціи, которая склонила независимость крупныхъ феодальныхъ владѣній подъ верховенство королевской власти [2]). Когда всѣ лены во Франціи обратились въ части одной и той же территоріи, когда всѣ феодальные владѣльцы сдѣлались подданными одного и того же короля, то частныя войны прекратили свое существованіе, давъ мѣсто войнамъ народнымъ [3]), военная повинность вассаловъ была замѣнена правильной службой оплачиваемаго войска, лены стали простымъ имуществомъ, и феодальное право могло трактовать оба пола на почвѣ равенства. Равенство стало полнымъ и переворотъ — радикальнымъ. Разъ женщина была допущена къ личному пользованію своимъ леномъ, логика вещей вела къ признанію за ней и такихъ правъ, которыхъ не давало ей до того ни одно законодательство. Право пользованія леномъ содержало въ себѣ: право на вѣрность и почетъ со стороны вассаловъ, право опеки надъ неспособными, право отправленія правосудія,—жалованія грамотъ,—подписанія трактатовъ,—изданія законовъ. Поэтому и „*dame de fief*" сдѣлалась опекуномъ, получала и принимала

---

[1]) Но хотя и избавленныя отъ *личной* военной повинности, женщины были еще обязаны ставить извѣстное число рыцарей, въ соотвѣтствіи съ важностью лена. Brussel, кн. III, гл. VII, п. 4.

[2]) Вотъ почему феодальная опека сохранялась долѣе въ Германіи, нежели во Франціи.

[3]) Грамоты Людовика X къ дворянству Лангедока, art. 23, a. 1315 (*Ordon.*, т. XII, стр. 414): „Si nos vel dominus habuerimus guerram apertam, ordinamus, volumus et praecipimus quod guerrae subjectorum, guerra ipsa durante, cessent omnino".—Грамоты Филиппа IV сенешалу Тулузскому о судебныхъ поединкахъ 1307 г. (*Ordon.*, т. XII, стр. 367; Vaissette, т. IV, доказательства, кол. 139).

присягу на вѣрность и оказаніе почета, руководила судебными рѣшеніями по гражданскимъ и уголовнымъ дѣламъ, чеканила монету, собирала войско, жаловала грамоты общинамъ, предписывала подданнымъ законы,—словомъ, была полнымъ государемъ на пространствѣ своего лена [1]). Она отправляла всѣ свои права безъ помощи совѣтниковъ и опекуновъ, и даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ общее право подчиняло ее извѣстнымъ ограниченіямъ правоспособности, какъ, напр., запрещенію сенатусъ-консульта Веллейана, феодальное право отрѣшалось отъ этого общаго права и освобождало благородную и владѣющую леномъ женщину отъ всякой неспособности. При этомъ законодательномъ переворотѣ даже тѣ законы, которые казались направленными противъ женщинъ, обращались въ ихъ пользу: въ нѣкоторыхъ провинціяхъ было признано, что семья можетъ быть продолжена дочерью точно такъ же какъ сыномъ, и за дочерью утверждены привиллегіи наслѣдованія, право старшинства [2]), право сообщенія дворянства мужу [3]), право передачи дѣтямъ имени и имущества предковъ [4]). Подъ вліяніемъ

---

[1]) Письмо Людовига VII къ Эрмангардѣ, Нарбонской виконтессѣ, 1134 г. (ap. Duchesne, т. IV, стр. 732, *epist.* 471): „Volumus ut regni nostri usum teneas... sedeas ergo ad cognitionem causarum., diligenter negotia examinans, zelo illius qui te feminam creavit cum potuerit virum, et sua benignitate in manu feminae dedit regnum Narbonensis provinciae; et, propter hoc quod femina, nostri authoritate nulli personae liceat a tua jurisdictione declinare".— Vaissette, т. II, доказательства, дипл. 295, a. 1084: „De ista hora in antea, ergo Bertrandus... fidelis ero *tibi Hermengardis filia Rangardis*, sicut esse debet homo suo seniori cui manibus se est commendatus". Dipl. 440, a. 1138: Notum sit omnibus quod ego, *Galburgis filia Stephani*... tibi Yldefonso, comiti Tolosae, hominium debeo facere, ego et successores mei... hoc tamen adjuncto, ut, si maritum accepero, ille faciat..."—Хартія, пожалованная Blanche de Champagne коммунѣ de Lagny въ 1209 г. (Martène, *anecd.*. т. I, стр. 815).

[2]) Etabl. de Blanche de Champagne, a. 1212 (ap. Brussel, *Usage des fiefs*, III, 13): „Ego Blancha..., notum facio universis, tam, praesentibus quam futuris, me, de communi consilio et assensu baronum meorum et vavassorum, statuisse quod, si aliquis baronum vel vavassorum Campaniae vel Briae sine herede decesserit, et plures habuerit filios, *primogenita filiarum habeat castellum*, aliae vero habeant planam terram, ita quod de illa plana terra unicuique illarum portio sua rationabilis assignetur, etc..." Etabl. de saint Louis, I, 10. Assises de Jérusalem (haute Cour), гл. 175.

[3]) Cout. de Troyes, 9.—Cp. Monteil, *Hist. des Francais des divers Etats* т. III, гл. VII, прим. 225.

[4]) По обычаямъ Baréges, Lourdes, Lavedan и т. д. старшая дочь выходила обыкновенно замужъ за одного изъ младшихъ сыновей какой-либо

новаго духа преобразились не только законы, но и нравы: рыцарское чувство, которое мы отмѣтили въ зародышѣ у суровыхъ обитателей лѣсовъ Германіи, и которое должно было развиться лишь подъ теплыми лучами цивилизаціи Юга, — это чувство принесло на службу женщинѣ и мечъ, до того ее только угнетавшій.

Подводя итогъ всему сказанному, мы видимъ, что феодализмъ въ своихъ различныхъ фазахъ вліялъ на положеніе женщины въ самыхъ различныхъ смыслахъ, то понижая, то повышая безмѣрно это положеніе. Но оба послѣдствія, несмотря на ихъ противоположность, сводятся къ одному и тому же принципу: смѣшенію права верховенства съ правомъ собственности, публичныхъ правъ съ гражданскими. Лишенная публичныхъ правъ, женщина должна была сначала уже поэтому терпѣть равный ущербъ и въ гражданскихъ правахъ. Но пріобрѣтя впослѣдствіи гражданскую правоспособность, она должна была въ силу обратнаго, но не менѣе логическаго процесса, получить, и политическія права, и прерогативы права верховенства.

Что же осталось отъ всѣхъ этихъ феодальныхъ учрежденій? Всѣ ли они исчезли, включая сюда и строгія ограниченія правоспособности, наложенныя на женщину древнѣйшимъ феодализмомъ, и не менѣе крайнія привилегіи, дарованныя ей болѣе новымъ феодализмомъ?—Нѣтъ, осталось одно учрежденіе, которое, выступивъ изъ самыхъ источниковъ германскаго права, прошло черезъ всю феодальную эпоху и сохранилось до нашихъ дней: это учрежденіе—власть мужа. Когда военный феодализмъ уступилъ мѣсто гражданскому, опека надъ женщиной исчезла не цѣликомъ: дочь и вдова были эманципированы, но жена продолжала стоять въ подчиненіи, и мужъ ея оставался при феодализмѣ гражданскаго типа тѣмъ же, чѣмъ онъ былъ и при феодализмѣ военномъ, т.-е. настоящимъ *феодальнымъ опекуномъ*. Онъ носилъ его имя [1]), отправлялъ его права и исполнялъ его обязанности: въ этомъ качествѣ онъ представлялъ жену во всѣхъ судебныхъ актахъ, имѣлъ право пользованія на ея имущество и „носилъ ея ленъ". Оставаясь дѣвушкой, женщина „носила свой ленъ" сама; но когда она

семьи, и этотъ мужъ, входя въ семью своей жены, передавалъ дѣтямъ имя своего тестя. Eug. Cordier, *le dr. de famille aux Pyrénés* (Rev. hist. du dr. fr. et étr., 1859, т. V, стр. 257—396).

[1]) Его называли *baillistre* во Франціи, *vormund* въ Германіи.

вступала въ бракъ, инвеститура на ея ленъ давалась мужу, и онъ несъ этотъ ленъ вмѣсто нея [1]). Словомъ, феодальная неспособность женщины была такова же, какова теперь ея гражданская неспособность: она начиналась бракомъ и кончалась имъ.

Мы находимъ, такимъ образомъ, въ феодальномъ правѣ основной принципъ современнаго права въ отношеніи къ правоспособности женщины; тотъ же принципъ встрѣтится намъ и въ обычномъ правѣ.

III.

По мѣрѣ того, какъ старое феодальное зданіе разваливалось, новое общество, незамѣтно выроставшее подъ его сѣнью, выступало, въ свою очередь, на сцену исторіи. Тѣ же причины, которыя повели къ паденію военнаго феодализма, вызвали и обширное революціонное движеніе, преобразившее въ различныхъ странахъ Европы жалкія общины крѣпостныхъ и вилановъ въ гордые и могучіе города. Каждая изъ этихъ общинъ, возрождаясь къ политической жизни, получала отъ сеньора или короля освободительную хартію, имѣвшую значеніе одновременно и конституціи, и законодательнаго кодекса. Изъ всѣхъ юридическихъ памятниковъ, оставленныхъ намъ исторіей, нѣтъ, кажется, болѣе интересныхъ, чѣмъ эти старыя хартіи, раскрывающія намъ несравненно лучше слѣдующихъ за ними сборниковъ реформированныхъ обычаевъ источники нашихъ національныхъ учрежденій. Но эти источники нашего древняго права происходятъ сами изъ болѣе отдаленнаго и скрытаго источника. Право, содержащееся въ городскихъ хартіяхъ, дѣйствительно, не было вновь создано: составители этихъ хартій не дѣлаютъ въ большинствѣ случаевъ ничего иного, — они сами это говорятъ,—какъ только собираютъ и отмѣчаютъ незапамятные обычаи, свидѣтельствуемые народнымъ голосомъ и присяжными показаніями старшинъ и народныхъ судей [2]).

---

[1]) Ордонансъ Людовика Св. 1246 г.: „Et si relicta nobilis vel alterius feodati se maritet, maritus suus facit homagium domino et solvit rachatum, et rachatus est valor terrae“.—Très ancienne coutume de Bretagne, 232.

[2]) Commune de Tornay, 33, a. 1187 (*Ordon.*, т. XI, стр. 251): „Has itaque praenominatas consuetudines, et si quas alias oblivione omittimus quas Tornacenses hactenus habere soleant et debeant, ipsis in perpetuum inviolabiliter et in pace observandas, sicuti hucusque dinoscuntur observasse,

Но каковы эти обычаи и откуда они берутъ начало?—Отвѣтить на эти вопросы нельзя, не восходя къ примитивнымъ обычаямъ германскихъ племенъ.

Коммунальное возстаніе, вспыхнувшее въ XI в., было, по крайней мѣрѣ, въ Сѣверной Франціи, взрывомъ стараго германскаго духа, который слишкомъ долго подавлялся въ низшихъ классахъ гнетомъ феодальной власти. Тотъ же духъ, который во времена Тацита соединялъ въ воинственныя общества германцевъ одной семьи, или одного племени, создалъ также у крѣпостныхъ и вилановъ среднихъ вѣковъ такъ называемую *присяжную общину* (commune jurée). Вооруженное общеніе дѣлается соціальной необходимостью вездѣ, гдѣ отсутствуетъ охранительная публичная власть, и каждый долженъ пещись собственными усиліями о своей безопасности и отмщеніи своихъ обидъ. Пока германцы жили патріархальнымъ бытомъ, сгруппированные въ семьи и племена, это вооруженное общеніе носило семейный характеръ. Но, войдя въ составъ имперіи, германцы стали объединяться деревнями и селами: всѣ крестьяне или виланы, соединенные у подножія какого-нибудь феодальнаго замка, или у развалинъ галльскаго города, клялись въ томъ, что они будутъ стоять за общее дѣло и помогать другъ другу вооруженной рукой. Остановленныя въ IX в. бдительными законами Карла В. [1]), раздавленныя спустя два столѣтія феодальной тираніей, эти *гильдіи* или *conjurationes* взялись снова за оружіе въ XII в.; онѣ побѣдили, и французскія общины были основаны [2]).

---

concedimus, ad recordationem juratorum".—Commune d'Athyes, 28, a. 1212 (*Ordonn.*, т. XI, стр. 301): „...Per legitimam recordationem majoris et juratorum".

[1]) Capit. a. 779, c. 16 (Walter. т. II, стр. 60).—Capit. a. 883, tit. III, c. 14 (Walter, т. III, стр. 231): „Volumus ut presbyteri et ministri comitis villanis praecipiant ne collectam faciant quam vulgo *geldam* vocant contra illos qui aliquid rapuerint". Здѣсь можно видѣть указаніе на древній обычай защиты права путемъ вооруженнаго самоуправства.

[2]) Comm. de Compienge, a. 1186 (*Ordonn.*, т. XI, стр. 241): „Iuraverunt quod... alter alteri secundum opinionem suam auxiliabitur, et quod nullatenus patietur quod aliquis alieni aliquid auferat, velei talliatam faciat".—Comm. d'Aire (въ Артуа), a. 1188 (*Ord.* т. XII, стр. 563): „Omnes ad amicitiam pertinentes villae, per fidem et sacramentum firmaverunt quod unus subveniet alteri tanquam fratri suo in utili et honesto".—*Bourg*, какъ на это указываетъ этимологія (*Burg*), имѣлъ вначалѣ значеніе крѣпости.

Такимъ образомъ, въ основанiи коммунальныхъ хартiй мы найдемъ всегда германское право, но германское право, приспособленное къ новымъ правамъ. Время, когда недисциплинированные германцы сами отмщали свои обиды и рѣшали всѣ споры оружiемъ, прошло безвозвратно. Строгая общинная полицiя поддерживала порядокъ и миръ внутри народившихся общинъ. Частныя войны и судебные поединки, удержанные еще воинствующимъ дворянствомъ, не гармонировали болѣе съ духомъ мирныхъ гражданъ и трудолюбивыхъ ремесленниковъ, покладавшихъ оружiе послѣ завоеванiя своей свободы. Поэтому одно изъ первыхъ распоряженiй въ большомъ числѣ хартiй воспрещало абсолютно судебный поединокъ [1]); другiя общины разрѣшали практику этого поединка, но исключали изъ нея женщинъ [2]); наконецъ, были и такiя общины, которыя допускали борцовъ на жалованьи, всегда готовыхъ обнажить мечъ за женщинъ, стариковъ и вообще людей мирныхъ, предпочитавшихъ, въ случаѣ вызова на поединокъ, биться черезъ представителя [3]).

И не этимъ, конечно, гражданамъ, жаждавшимъ покоя, было настаивать на томъ суровомъ законѣ германскихъ племенъ, который отказывалъ въ правоспособности всѣмъ, кто не владѣлъ оружiемъ. Но этотъ законъ былъ единственнымъ основанiемъ какъ поражавшей женщину неспособности, такъ и налагавшагося на нее *mundium*. Германцы, какъ это было уже нами доказано [4]), не считали женщины нравственно ниже мужчины. Если они не разрѣшали ей отправ-

---

[1]) Comm. de Tournay, 21, a. 1187: „Nemo civium alium civem ad duellum provocare poterit". Comm. d'Aire, 2, 4, a. 1188; Charroux, 8, a. 1308; Riom, 8, a. 1325; Fleurence, 47, a. 1396 (*Ordonn.* т. VIII, стр. 97; т, XI, стр. 250, 408, 495).—P. de Fontaines, ch. XV, n. 28: „Bataille n'a mie leu ou justice a mesure".

[2]) Грамота Людовика X къ дворянству Лангедока, art. 24 (*Ordonn.*, т. XXII, стр. 414): „Quod nullus possit guerram facere contra aliquam infra aetatem pupillarem existentem aut *contra aliquam mulierem viduam pupillos habentem*".

[3]) Bréquigny, предисловiе къ т. XII *Ordonn*, стр. XV.—Въ нѣкоторыхъ коммунахъ практика общинныхъ борцовъ была запрещена: „Campio conductitius non recipiatur". Etampes, 29, a. 1179 (*Ordonn.*, т. XI, стр. 212). Въ другихъ—она ясно подтверждена. Грамота Карла V коммунѣ Clermont en Argonne, a. 1372 (*Ordonn.*, t. V, стр. 600).

[4]) См. выше, стр. 221.

ленія ея правъ и ставили ее подъ опеку, то они дѣлали это потому, что права въ ихъ глазахъ нельзя было ни пріобрѣтать, ни защищать иначе, какъ посредствомъ оружія. Опекунъ ея былъ только борцомъ за нее, и какъ скоро не стало надобности въ борцѣ, она могла обходиться и безъ опекуна.

Поэтому опека надъ женщиной должна была бы исчезнуть во всѣхъ странахъ Европы одновременно съ уничтоженіемъ частныхъ войнъ и судебныхъ поединковъ. Но въ дѣйствительности это было не такъ. Есть страны, въ которыхъ эта опека не только пережила средніе вѣка, но дѣйствуетъ еще въ наши дни. И такая упорная живучесть учрежденій, осужденныхъ разумомъ и справедливостью, наводитъ невольно нашу мысль на слова знаменитаго скептика: „Законы пользуются довѣріемъ не потому, что они справедливы, а потому, что они—законы. Это—мистическое основаніе ихъ авторитета, и мы не придумаемъ другого, которое служило бы имъ такъ хорошо" [1]).

Приходится согласиться, что таково, дѣйствительно, единственное основаніе опеки надъ женщиной въ современномъ правѣ скандинавскихъ и нѣкоторыхъ германскихъ государствъ, удерживающихъ эту опеку и въ наши дни. Напротивъ, Франція, всегда склонная къ быстрымъ и рѣшительнымъ реформамъ, была первой въ Европѣ страной, уничтожившей устарѣлый обычай: почти ни одна хартія XII и XIII вв. не знаетъ болѣе *mundium* ни для дочери, ни для вдовы [2]).

---

[1]) Montaigne, кн. III, гл. XII.

[2]) Постоянная опека встрѣчается еще въ коммунальной хартіи Амієна 1190 г. (*Ordonn.*, т. XI, стр. 264), art. 23: „Si mortuo marito uxor supervixerit, et infantes ejus vivi remanserint, mulier, de omni possessione quam vir ejus in pace tenuerat, quamdiu infantes in custodia erunt, donec ipsa *advocatum* habeat, nisi sit vadimonium, non respondebit". Но замѣтимъ, что эта же хартія поддерживаетъ и практику судебныхъ поединковъ: „Si quis ab aliqua vidua... aliquam ejus possessionem ut vadium requisierit, *ipsa se per bellum defendet*" (art. 24).—См. также ancienne coutume de Bordeaux XII в. (изд. Bordeaux, 1768), подерживающую равнымъ образомъ какъ судебный поединокъ (art. 12), такъ и половую опеку (art. 66): „Costuma es in Bordalés que quant aucuna puicella reman sens paîre, jasia asso que sia granda, no es pas sufficienta a far sos feyts ny sous negossis per sin, ans comben estre sots tutela de autre en jusqu'as que aja marit et asso diden (говоритъ) que no es sufficien atge entro (до тѣхъ поръ) que lo marit sia mort".

Но если въ этихъ хартіяхъ женщина освобождена отъ *mundium*, какъ дочь и вдова, то она остается еще подчиненной ему, какъ супруга. Въ этомъ случаѣ неспособность женщины имѣетъ своей причиной не случайныя обстоятельства, а настоятельную и всегда длящуюся потребность,—потребность въ хорошемъ управленіи домомъ и хозяйствомъ. Граждане XII в. поняли, какъ понимали это и законодатели всѣхъ временъ, что домашнее управленіе не можетъ обойтись безъ главы, и такъ какъ единственной извѣстной тогда формой домашней власти было *mundium*, то они и удержали это *mundium*, ограничивъ лишь его продолжительность: мѣсто постояннаго *mundium* заняло начинавшееся и прекращавшееся съ бракомъ *mundium*. Такимъ образомъ, принципы обычнаго права въ своемъ первоначальномъ видѣ соотвѣствовали въ точности принципамъ феодальнаго права въ эпоху его упадка. Въ томъ и другомъ правѣ положеніе женщины одинаково и можетъ быть резюмировано въ нѣсколькихъ словахъ: внѣ брака—полная эманципація; въ бракѣ—цѣлостное сохраненіе древнихъ ограниченій правоспособности.

1. Если учрежденія и нравы феодализма оставались привиллегіей дворянства, то рыцарскій духъ сообщался, несомнѣнно, и гражданамъ, распространяя свое облагораживающее вліяніе даже на обычаи крестьянъ. Если благородная владѣтельница замка предсѣдательствовала на судѣ и раздавала инвеституры своимъ рыцарямъ, то почему въ это же время гражданки были бы лишены права дѣйствовать на судѣ и располагать своимъ имуществомъ? Поэтому хартіи общинъ и возстановляютъ почти единодушно за дочерью и вдовой полную и цѣлостную правоспособность, отнимая за разъ оба ея ограниченія: одно, исходящее отъ германскаго права, другое—отъ каноническихъ и римскихъ законовъ.

Нѣтъ болѣе опекуна ни для совершеннолѣтней дочери, ни для вдовы; доступъ въ судъ открытъ женщинѣ: она ведетъ дѣла въ судѣ безъ чьего бы то ни было содѣйствія, и если даже процессъ долженъ рѣшаться оружіемъ, ее представляетъ не законный опекунъ, а борецъ, котораго выбираетъ она сама [1]). Нѣтъ болѣе и привиллегій въ пользу мужскихъ наслѣдниковъ: онѣ появятся впослѣдствіи, когда разбогатѣвшая и усилившая свое вліяніе буржуазія будетъ искать сближенія съ дворянствомъ путемъ подражанія

[1]) Beaumanoir, III. 16; LXIII.

его правамъ; но у скромныхъ горожанъ среднихъ вѣковъ всѣ дѣти, безъ различія пола и возраста, наслѣдуютъ въ равныхъ доляхъ [1]).

Съ устраненіемъ ограниченій правоспособности по германскому праву, исчезаютъ съ еще бо́льшей легкостью и ограниченія правоспособности по римскому праву. О сенатусъ-консультѣ Веллейана нѣтъ и помину: всякая женщина, если она не состоитъ подъ властью мужа, можетъ свободно вступить въ поручительство, и нѣкоторыя изъ древнѣйшихъ хартій, какъ бы имѣя въ виду римское право, заботливо подчеркиваютъ эту способность [2]). Нѣтъ слѣда и эдикта *de postulando*: женщина можетъ дѣйствовать на судѣ также за другихъ, можетъ избираться даже въ посредники и постановлять въ этомъ качествѣ обязательныя рѣшенія [3]); наконецъ ея свидѣтельство принимается какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ судахъ, а противоположная доктрина, проникшая было, подъ покровомъ каноническаго права, отвергается ордонансами [4]).

II. Итакъ, неспособность начинается лишь съ замужества. Въ день брака женщина, до того свободная, попадаетъ подъ власть или, говоря языкомъ того времени, подъ опеку и „*main-bournie*“ своего мужа. Ничего подобнаго этой супружеской власти не встрѣчается въ римскомъ правѣ, хотя ученые двухъ послѣднихъ столѣтій, слѣдуя установившемуся теченію, хотѣли во что бы ни стало подыскать ей римскій источникъ и восходили для этого и къ *manus*, и къ древнему браку *per coemptionem* [5]), о которомъ

---

[1]) Etabl. de saint Louis, I, 132; ancienne coutume de Normandie, 31; tréanc. cout. de Bretagne, 106.

[2]) Cout. de Roye (въ Вермандуа), a. 1183 (*Ordonn.*, т. XI, стр. 229), art 17: „Ci uxor alicujus burgensis, *sine concessione mariti sui* fidejubere praesumpserit, fidejussio illa stare non debet“.—Cout. de Saint-Quentin, 20, a. 1195 (*Ordonn.*, т. XI, стр. 272); Beaumanoir, XLIII, 14, 22, 26—28 „Veves femes... se poent bien obligier en dete ou en plegerie ou en quelque plet qu'il lor plera... Feme qui est en mariage ne pot plegier ne dete fere“.

[3]) *Livre de Jostice*, стр. 273: „Feme... sanz seignor, puet bien deffandre son pleige et soi-mesme“.—Feme qui n'a seignor puet plévir et puet avoir juridiction et procuration et avocacion“.—Beaumanoir, V, 16; XXIX, 19; XLI, 26.

[4]) Грамота Карла VI, a. 1394 (*Ordonn.*, т. XII. стр. 414); Beaumanoir, XXXIX, 54.

[5]) Eusèbe de Laurière, Cout. de Paris, т. II, стр. 186.

наши горожане среднихъ вѣковъ не имѣли, вѣроятно, ни малѣйшаго представленія. *Main-bournie*, какъ это видно изъ самаго названія [1]), происходитъ по прямой линіи отъ германскаго *mundium*, и этого не слѣдуетъ никогда забывать, если мы хотимъ схватить истинный характеръ власти мужа въ нашемъ правѣ среднихъ вѣковъ.

Самая характерная черта супружескаго *mundium*—та черта, которой это *mundium* рѣзко отдѣляется отъ власти мужа въ современномъ правѣ,—состоитъ въ томъ, что средневѣковая власть установлена не въ интересѣ жены, а въ исключительномъ интересѣ мужа. Если жена не повинуется власти мужа, если она совершаетъ какой-либо актъ безъ его согласія, то онъ одинъ можетъ не признать этого акта; для нея обязательство остается въ силѣ, и разъ мужъ ея умираетъ, оно дѣлается неоспоримымъ: „ибо тотчасъ по смерти своего барона—говоритъ нашъ превосходный Бомануаръ—жена возвращается къ полной свободѣ“ [2]). Это рѣшеніе совершенно логично: если актъ, совершенный женой, не получившей на него согласія мужа, пороченъ, то порокъ его состоитъ, во всякомъ случаѣ, не въ недостаткѣ разсудка или воли у женщины; вдова и совершеннолѣтняя дочь, имѣющія, очевидно, не болѣе разсудка, чѣмъ замужняя женщина, заключаютъ, не спрашиваясь никого, всякаго рода сдѣлки, и заключаютъ ихъ вполнѣ дѣйствительно; порокъ акта, совершаемаго женой безъ согласія мужа, лежитъ цѣликомъ въ свидѣтельствуемомъ имъ посягательствѣ на власть мужа, и жаловаться на это можетъ, слѣдовательно, одинъ мужъ. Поэтому неспособность замужней женщины не имѣетъ ничего общаго съ неспособностью подопекаемаго: это даже не состояніе неспособности въ собственномъ смыслѣ слова, а скорѣе состояніе подчиненности и зависимости.

Пока эта зависимость замужней женщины почти такъ же тѣсна, какъ и во времена варварскихъ законовъ. Мужъ можетъ еще „бить свою жену, не причиняя ей смерти и увѣчья“ („battre sa femme sans mort et sans mehaing“) и „разумно наказывать“

---

[1]) Du Cange, сл. *Mundium*: „Maritus est tutor uxoris post desponsationem: ita etiam jure francico, ubi *mari et bail* vulgo appellatur in consuetudinibus municipalibus“.

[2]) Beaumanoir, XLIII, 27; LXX, 7. „Car si tost comme son baron est mort, la femme revient en sa pleine volonté“.

(„castier resnablement“)[1]. Замѣчательное послѣдствіе этого права исправленія жены, уже отмѣченное нами въ англійскихъ законахъ, состоитъ въ томъ, что мужъ отвѣчаетъ граждански за проступки жены—совершенно такъ же, какъ отецъ отвѣчаетъ за проступки своихъ малолѣтнихъ дѣтей. Мужъ, говорятъ старые юристы, долженъ бы наказать жену и этимъ предупредить совершеніе ею проступка[2]).

Власть мужа не только поражаетъ личность жены, но простирается и на ея имущество: „Такъ какъ мужья, говоритъ Луазо[3]), имѣютъ власть на личность своихъ женъ, то съ еще бо́льшимъ основаніемъ они отправляютъ эту власть и въ ихъ имуществѣ“. Власть надъ имуществомъ по нашему обычному праву есть, дѣйствительно не болѣе, какъ распространеніе и послѣдствіе власти на личность. Право мужа управлять и пользоваться имуществомъ жены не вытекаетъ,—какъ это было у римлянъ и какъ это принято теперь и у насъ,—изъ брачнаго договора, которому воля сторонъ можетъ придать и иное содержаніе. Это право вытекаетъ изъ самаго брака: оно не добровольно, а необходимо, и основано не на договорѣ, а на законѣ. Наше обычное право—подобно германскому, изъ котораго оно исходитъ, знаетъ не нѣсколько, а лишь одинъ порядокъ имущественныхъ отношеній супруговъ“. Мужъ и жена, говорятъ сборники германскаго обычнаго права, не могутъ имѣть въ теченіе жизни никакого раздѣльнаго имущества“. „Все что принадлежитъ женѣ, объявляютъ англійскіе обычаи, принадлежитъ и мужу“[4]). „Какъ скоро заключенъ бракъ, пишетъ, наконецъ, Бомануаръ, имущество обоихъ супруговъ дѣлается общимъ за силой самаго брака“[5]). И вотъ что доказываетъ еще отношеніе

---

[1]) Cout. de Bergerac, 82, a. 1337 (*Ordonn.*, т. XII): „Si quis percusserit uxorem suam.., quia ex causa correctionis.. non incurrit in actionem injuriarum.., nisi mors aut membri mutilatio vel fractio subsequatur, vel nisi facta sit injuria... cum armis emolutis“.

[2]) „Quia retinere et castigare uxorem debet“ D'Argentré, sur l'anc. cout. de Bretagne art. 423, gl. 2, n. 5.—„Teneatur (vir) sine consilio viri sui (uxorem) facientem castigare, sicut puerum infra aetatem... Si praesumitur quod vir sit fidelis, et quod saepius eam castigabat, in quantum poterit, non respondebit pro ea“. J. Skene, *Annotat. in Regiam majestatem*, l. II, c. 29.

[3]) *Du Déguerpissement*, l. II, ch. IV, n 7.

[4]) См. выше, стр. 243, 276.

[5]) Beaumanoir, XXI, 2.

причины и слѣдствія между бракомъ и единствомъ управленія и пользованія имуществомъ супруговъ: раздѣленіе этого имущества было, по нашимъ древнимъ обычаямъ, немыслимо безъ того, чтобы съ нимъ не соединялось, въ то же время, и разлученія супруговъ [1]).

Эти принципы, общіе всѣмъ народамъ германскаго происхожденія, получили у нихъ, однако, различное примѣненіе. Большое, напр., разстояніе отдѣляетъ англійскій законъ, оставшійся исключительно германскимъ и феодальнымъ, и законъ французскій, открывшійся и всѣмъ другимъ вліяніямъ. Внимательное сравненіе обоихъ этихъ законодательствъ необходимо, по моему мнѣнію, для яснаго представленія о супружескомъ *mundium*: сопоставляя Брактона и Бомануара, англійское *common law* и французское обычное право, мы поймемъ и всю первоначальную суровость власти мужа, и всѣ смягченія, которымъ она подверглась во Франціи, благодаря различнымъ чужеземнымъ вліяніямъ.

Въ Англіи женщина, выходя замужъ, теряетъ свою личность[2]); во Франціи она ее сохраняетъ. Здѣсь она дѣйствуетъ юридически и даетъ свое согласіе на разные акты, рядомъ съ мужемъ, который ее только одобряетъ. Выступая безъ жены, мужъ считается исполняющимъ лишь ея порученіе, которое имъ должно быть при томъ доказано [3]). Жена можетъ даже обязываться одна, и безъ разрѣшенія мужа, если полученіе этого разрѣшенія невозможно или трудно исполнимо [4]). Она можетъ молить и государя, покровителя всѣхъ неспособныхъ, о томъ разрѣшеніи, въ которомъ ей

---

[1]) Boutillier, II, 8: „Jtem s'il advenait que le mary se tournast a estre dissipeur de ses biens, sçachez que la femme selon aucuns a cause de demander *divorce quant au lict*, ou cause de demander distribution de biens et que portion lui en soit faicte“.

[2]) См. выше, стр. 242 прим. 1.

[3]) Coutumier Карла VI (éd. Charondas, 1597, стр. 220): „De consuetudine maritus est procurator legitimus et necessarius uxoris suae“.

[4]) Beaumanoir, XLIII, 28: „Si comme se ses barons est fous ou hors du sens, si que il est aperte coze qu'il ne se melle de riens, et que la feme fait et mainburnist toutes les cozes qui a eus apartienent; ou se le feme est marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne se set meller, ou se li barons est en estranges teres fuitis ou banis ou enprisonés, sans esperance de revenir; car autrement seroient moult de bone gent honni qui baillent le lor à teles manières de femes, et eles meismes en perdroient lor marceandises“.— *Livre de Jostice*, стр. 131: „Et se ele fet ledissement à aucun, respondra-ele? oil de toz les ledissemens qu'ele fet en corps“.—Etabl. de saint Louis, I, 447

отказываетъ мужъ [1]). Наконецъ она вправѣ,—и все это въ отличіе отъ того, что постановляется англійскимъ закономъ,—и договариваться со своимъ мужемъ, и вести противъ него тяжбу [2]).

Жена по французскимъ обычаямъ обладаетъ не только личностью, но и имуществомъ: мужъ, хотя и владѣетъ въ силу брака всѣмъ ея имуществомъ, не имѣетъ, однако, на все это имущество полной собственности. Здѣсь важно прежде всего, различіе между недвижимымъ и движимымъ имуществомъ.

На недвижимое имущество мужъ имѣетъ только право пользованія. Связанный обязательствомъ возстановить его въ случаѣ прекращенія брака [3]), онъ не можетъ во все теченіе брака ни заложить, ни отчудить это имущество [4]). Такое же запрещеніе постановлено, правда, и въ англійскомъ правѣ, но различіе между обоими законодательствами и въ этомъ отношеніи капитально. Во Франціи, если мужъ не можетъ одинъ продать недвижимой собственности своей жены, то онъ можетъ сдѣлать это вмѣстѣ со своей женой, съ ея согласія [5]). Въ Англіи, такъ какъ жена не имѣетъ ни личности, ни воли, и въ семьѣ нѣтъ иной личности и иной юридической воли, какъ личность и воля мужа, то, разъ недвижимость жены не подлежитъ отчужденію со стороны мужа, она не можетъ быть отчуждена и никѣмъ другимъ, и никакимъ способомъ.

Что касается движимаго имущества, то мужъ является не только управителемъ его, но и хозяиномъ: онъ можетъ его продать, подарить, отказать [6]), такъ какъ, попавъ однажды въ его

---

[1]) Boutillier, I, 9.

[2]) Beaumanoir, LVII, 13.—Позднѣйшія ограниченія способности жены договариваться съ мужемъ (см. ниже, стр. 385) обязаны своимъ происхожденіемъ вліянію римскаго права и не имѣютъ отношенія къ супружеской власти

[3]) Или самой женѣ или, если она умираетъ прежде него — ея наслѣдникамъ: Parentibus vero mulieris accedet id quod ipsa secum attulit". Ордонансъ 1219 г. (*Ordonn.*, т. I, стр. 38).

[4]) Онъ закладываетъ и отчуждаетъ только то, что ему принадлежитъ, т.-е. одно пользованіе въ теченіе брака. *Livre de Jostice*, стр. 170: „Home garantira sa vie ce que il vendra de l'heritage sa feme, sans l'octroi sa femme et se il muert., ou se la feme muert, la vente ne vaut riens".

[5]) Beaumanoir, XXI, 2; Boutillier, II, 23.

[6]) Beaumanoir, XXX, 99: „Tuit li mueble sunt a l'home, le mariage durant".—„Sed mobilium, говоритъ d'Argentré (art. 423, anc. cout. de Bretagne, gl. 2, n. 1), alia est conditio, quae, constante matrimonio, in totum sunt

руки, это имущество смѣшивается съ его вещами въ одну массу. Получить изъ этой общей массы, по прекращеніи брака, долю, которая колеблется, смотря по времени и мѣсту, между $^1/_3$ и $^1/_2$, составляетъ единственное право жены въ этомъ имуществѣ [1]). До сихъ поръ идетъ, какъ будто, полное соотвѣтствіе между нашими обычаями и англійскими законами; но подъ этимъ кажущимся сходствомъ скрывается опять глубокое различіе. Право жены на движимость есть въ Англіи не болѣе, какъ право пережившаго супруга, право наслѣдственное, которое возникаетъ лишь послѣ предшествующей смерти мужа и послѣдующаго вдовства жены [2]). Во Франціи, напротивъ, жена обладаетъ и при жизни мужа, и во все продолженіе брака, настоящей собственностью во всей массѣ движимаго имущества; наслѣдники ея въ случаѣ, если бы она умерла ранѣе своего мужа, наслѣдуютъ ея праву и дѣлятъ слѣдующую ей часть движимости съ пережившимъ супругомъ. „Послѣ смерти того или другого супруга, говоритъ Бомануаръ, наслѣдники вступаютъ въ свои права какъ въ отношеніи жены, такъ и въ отношеніи мужа" [3]).

Ошибались поэтому тѣ слишкомъ увлекавшіеся римскими и феодальными доктринами юристы позднѣйшей эпохи [4]), которые не хотѣли видѣть въ этомъ правѣ жены ничего другого, какъ право пережившаго супруга. Въ представляющемся намъ здѣсь

---

in dispositione solida mariti plenissima. Itaque ea prodigere, perdere, donare potest; quod per contractum, idem per delictum, potest alienando".—Anc. cout. d'Artois, 35.

[1]) „Mari et femme, говоритъ Loisel (tit. de la commun., 8), sont communs en tous biens, meubles et immeubles (conquêts), au lieu que jadis elle n'y avait que le tiers".

[2]) То же въ Нормандіи (anc. cout., 389): „Les conjoints par mariage ne sont communs en biens, soit meubles on conquêts immeubles, *ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort de leur mary*". Ордонансъ Pont de l'Arche 1219 г. (*Ordonn.*, т. I, стр. 38) относился только къ Нормандіи.

[3]) Beaumanoir, XXI, 2; XXX, 99.—Établiss. de saint Louis, I, 139.

[4]) Такъ, напр., Бутилье (I, 98), подъ вліяніемъ римскихъ идей, называетъ это право *вдовьимъ правомъ* (droit de veuve), какъ бы оно не представляло собою ничего иного, какъ распространенія новеллы *Praeterea*.—D'Argentré находится, напротивъ, подъ вліяніемъ феодальныхъ идей (art. 408, anc. cout. de Bretagne, gl. 3) и пишетъ: „Est itaque haec societas conjugum usus nec juris, non aliter quam cum domestici, in familia patris, cella et pennis utuntur, prout paterfamilias libuit, pro merito, dignitate et obsequio".

смѣшенiи и взаимномъ общенiи имуществъ супруговъ нужно признать скорѣе развитiе той системы общности имуществъ, зародыши которой мы встрѣтили уже въ варварскихъ законахъ.

Сказанное о движимостяхъ можетъ быть распространено и на прiобрѣтенiя въ теченiе брака. Пока бракъ продолжается, мужъ—хозяинъ этихъ прiобрѣтенiй; онъ можетъ ихъ, по выраженiю одного стараго автора, „пропить и съѣсть“ [1]). И здѣсь французскiе обычаи совпадаютъ съ англiйскими. Но стоитъ только браку прекратиться, чтобы разница между тѣми и другими вышла снова наружу: въ Англiи всѣ прiобрѣтенiя достаются мужу, если онъ переживаетъ жену [2]); во Францiи, напротивъ, пережившiй супругъ,—все равно, мужъ ли это, или жена,—вступаетъ всегда въ раздѣлъ съ наслѣдниками умершаго супруга [3]). Поэтому жена имѣетъ у насъ свою долю собственности въ томъ, что уже капитулярiи называютъ *сотрудничествомъ* (collaboratio) обоихъ супруговъ [4]), и эта доля въ отношенiи какъ прiобрѣтенiй такъ и движимостей колеблется между третью и половиной [5]).

Такимъ образомъ, наше обычное право обезпечивало съ самаго начала за замужней женщиной тѣ же преимущества, которыми она пользуется и на основанiи дѣйствующей въ настоящее время системы имущественныхъ отношенiй супруговъ общаго права (системы общности имуществъ), т.-е. сохраненiемъ своей отдѣльной собственности и участiемъ какъ въ движимостяхъ, такъ и въ

---

[1]) Assises de la cour des Bourgeois, ch. CLXII. *Contra*, *Livre de Jostice*, стр. 173.

[2]) То же въ Нормандiи, см. выше, стр. 361 прим. 2.

[3]) Cout. de Montdidier, 25, a. 1195 (*Ordonn.*, XII, 288): „Si vero nec vir nec mulier hereditates habuerint, si de matrimoniis questum facientes substantiam fuerint ampliati, et heredes non habuerint, altero autem mortuo, tota alteri substantia remanebit; quod si uterque obierit, si propinquos in villa habuerint, quantum voluerint de substantia sua pro animabus suis in elemosynam dabunt, et reliquum propinquis eorum remanebit“.—То же правило встрѣчается въ сборникѣ обычаевъ Laon, 13, a. 1128; Cerny, 22, a. 1184; Sens, 13, a. 1189, и т д., (*Ordonn*, т. XI, стр. 186, 233, 260).

[4]) Capit., l. IV, c. 9 (Walter, т. II, стр. 470).

[5]) Она равнялась трети въ варварскихъ законахъ (L. Ripuar., 37, al. 39) и перешла въ этомъ же размѣрѣ въ обычное право Англiи и Нормандiи. См. выше, стр. 361 прим. 2.— Въ другихъ частяхъ Францiи эта доля была поднята довольно рано до половины. Olim, т. I, стр. 565; Etablissements de saint Louis, I, 136.

пріобрѣтеніяхъ. Но она имѣла по обычному праву еще болѣе, а именно то, чего ей не даетъ современный законъ: право участія и въ отдѣльной собственности мужа, или такъ наз. *douaire*. Благодаря этому праву, источникъ котораго теряется въ германскихъ древностяхъ, между взаимными правами супруговъ устанавливается самое справедливое равновѣсіе. Если мужъ пріобрѣтаетъ путемъ брака право на собственность жены, то и жена пріобрѣтаетъ въ то же время право на собственность мужа; если жена не распоряжается своей собственностью иначе, какъ съ согласія мужа, то и мужъ, съ своей стороны, не отчуждаетъ принадлежащей ему отдѣльно собственности иначе, какъ съ согласія жены [1]). Имущества мужа и жены управляются одними и тѣми же законами и составляютъ, такъ сказать, общее имущество [2]) содержащее въ себѣ два различныхъ элемента: 1) движимости и пріобрѣтенія; это—общая собственность супруговъ, отдаваемая въ свободное распоряженіе мужа для удовлетворенія повседневныхъ потребностей домашняго хозяйства; 2) отдѣльная собственность какъ мужа, такъ и жены; это имущество изъято изъ свободнаго распоряженія каждаго изъ супруговъ порознь и составляетъ, какъ бы фондъ, хранимый сообща на черный день и на обезпеченіе будущности дѣтей.

Таковы въ нашемъ старомъ обычномъ правѣ предѣлы власти мужа, представляющей собою, какъ мы это видѣли единственное ограниченіе независимости и правоспособности женщины. Въ этомъ принципѣ, провозглашаемомъ одинаково какъ феодальнымъ, такъ и обычнымъ правомъ, суммируется все, что намъ осталось отъ

---

[1]) Boutillier, I, 99: „S'il advenoit, que femme estant avec son mary, par fol conseil, prenoit ou emportoit aucune chose du leur et le destournast ou vendist, sçachez que pour ce ne pourroit pas le mary poursuivre la femme de larcin... et la raison si est, que *aussi bien en est la femme dame come le mary en est seigneur*".

[2]) Cout. de Charles VI, стр. 219: „Per consuetudinem generalem mulier dicitur esse dotata in *dimidia parte* omnium bonorum immobilium quae maritus habeat tempore contracti matrimonii... et de mobilibus omnibus et conquestibus quae tempore mortis inveniuntur, jure suo mulier per consuetudinem *medietatem* habet."—Право жены въ имуществѣ, составляющемъ собственность мужа (douaire), фиксировано въ томъ же размѣрѣ, что и право ея въ общемъ имуществѣ, т.-е. въ половинѣ или въ трети.

древне-германскаго права. Далѣе мы увидимъ, какъ этотъ же принципъ, извращенный римскими и католическими вліяніями, перешелъ и въ современное право.

ГЛАВА II.

Источники римскіе.

I.

Неисчислимой массѣ феодальныхъ и муниципальныхъ обычаевъ, привязанныхъ своими корнями къ германскому праву и такъ распространенныхъ во Франціи XIII в., недоставало связанности и единства — для того, чтобы образовать изъ себя одно правильное законодательство. Во всѣхъ этихъ обычаяхъ—несомнѣнно общаго происхожденія—скрывались, несмотря на различіе ихъ формъ, общія идеи и принципы, которые я пытался обнаружить. Но формы и детали были до такой степени противорѣчивы и безсвязны, что во всемъ королевствѣ, по выраженію величайшаго юриста того времени, нельзя было найти „двухъ зáмковъ", которые слѣдовали бы одному и тому же праву [1]). Въ этомъ недостаткѣ цѣльности и гармоніи невозможно видѣть одно лишь преходящее несовершенство еще юнаго и находящагося въ процессѣ развитія законодательства. Причина лежала глубже и имѣла болѣе длящееся значеніе: это—самый характеръ германскаго духа, то отсутствіе дисциплины и то преувеличеніе индивидуальной независимости, которыя дѣлали во времена Тацита изъ каждой германской семьи маленькую республику, не знавшую надъ собою никакой иной власти, кромѣ своей, и стоявшую въ безпрерывной войнѣ съ сосѣдями. Этотъ духъ обратилъ въ XII в. всѣ мельчайшія части французской территоріи въ самостоятельныя государства, имѣвшія свое войско, свои суды и свои законы. Но всѣ эти общественные элементы были слишкомъ мало однородны для того, чтобы между ними было возможно сближеніе и объединеніе ихъ собственными усиліями. Потребовалось вмѣшательство посторонней централизирующей силы, за которой евро-

---

[1]) Beaumanoir, *Prologue* (стр. 14, изд. Beugnot).

пейскія общества обратились во второй разъ къ римскому генію. Римское право въ послѣдній вѣкъ древней исторіи объединило въ одну Имперію всѣ извѣстныя тогда части цивилизованной Европы. Въ послѣдніе вѣка средней исторіи то же римское право подчинило дисциплинѣ научной методы и авторитету раціональныхъ принциповъ всю запутанную массу германскихъ обычаевъ и черезъ это дало Франціи и половинѣ Европы одно общее право, подготовившее великое дѣло кодификаціи XIX вѣка.

Благодаря одному изъ тѣхъ счастливыхъ стеченій обстоятельствъ, которыя провидѣніе приберегаетъ всегда для великихъ народовъ, время образованія общинъ во Франціи совпало какъ разъ съ той эпохой, когда во всемъ центрѣ и на югѣ Европы зацвѣла культура римскаго права, — такъ что новорожденныя общины могли получить, такъ сказать, съ колыбели твердое и здоровое воспитаніе на почвѣ этого обработаннѣйшаго и мудрѣйшаго изъ всѣхъ законодательствъ. Въ ту самую минуту, можно сказать, когда возстаніе городовъ вспыхнуло на Сѣверѣ Франціи, новая наука глоссаторовъ переходила Альпы, и съ начала XIII в. школы Монпелье, Орлеана и Парижа могли соперничать со школами Болоньи и Падуи [1]).

Однажды насажденное во Франціи, римское право не осталось, однако, въ стѣнахъ монастырей и школъ: имъ овладѣла государственная власть и сдѣлала изъ него могучее орудіе реформъ и прогресса. Прежде всего, за него ухватились съ увлеченіемъ короли, такъ какъ, вдохновленное цезарями, оно ставило монарха выше законовъ [2]). Но, благодаря особымъ историческимъ условіямъ, римское законодательство, имѣвшее въ виду интересы деспотизма, обратилось— по крайней мѣрѣ, сначала—въ пользу свободы. Произволъ въ отношеніяхъ господъ къ крѣпостнымъ могъ уступить

[1]) Римское право преподавалось въ университетѣ Монпелье съ 1170 г., въ Парижѣ съ 1180 г.; что касается Орлеана, то одна *привиллегія*, данная Климентомъ V и датированная 1305 г. (она напечатана у Pasquier, Recherches, IX, 37), говоритъ, что Орлеанская школа славится давно преподаваніемъ римскаго и каноническаго права, что самъ Климентъ V учился въ ней.

[2]) L. 31 D. 1. 3. — Beaumanoir, XXXV, 29: ce „qui li plest a fere (au roi), doit estre tenu por a loi“.—*Livre de jostice*, I, 2, 3; Etabl. de saint Louis, I, 78.—Луазель писалъ еще въ XVI в. (*Inst. cout.*, I, 1): „Qui veut le roi, si veut la loi“.

мѣсто порядку законности только тогда, когда тѣ и другіе признали себя подданными одного короля и объединенными взаимными обязанностями [1]). Вотъ почему и низшіе классы, стоявшіе еще подъ ярмомъ крѣпостнаго права, встрѣтили, какъ своего освободителя, то право, которое исходило отъ новаго тогда принципа гражданскаго равенства. Наконецъ, постоянно преданной праву Константина и Ѳеодосія оставалась католическая церковь, выросшая и ставшая могущественной подъ сѣнью этого права; она сдѣлала изъ него даже свое собственное право, общность котораго для всего римско-католическаго духовенства, разсѣяннаго по различнымъ частямъ Европы, дала возможность этому духовенству сохранить свое единство и могущество при дѣйствіи самыхъ разнообразныхъ законодательствъ. Всегда связанное съ Римомъ, гдѣ бы оно ни находилось и откуда бы ни происходило, и тѣмъ тѣснѣе соединенное между собою, чѣмъ глубже оно отличалось отъ всего остальнаго человѣчества, католическое духовенство имѣло одного главу, одно право, одинъ языкъ: этотъ языкъ, незнакомый профанамъ, былъ одновременно языкомъ религіознаго культа и языкомъ законовъ. Такимъ образомъ, духовенство стало, въ свою очередь, двигателемъ римскаго права. Клирики и монахи отдавались даже съ такимъ жаромъ изученію этого права, что запускали, если вѣрить авторамъ того времени, исполненіе своихъ религіозныхъ обязанностей [2]), а соборы и папы должны были останавливать ихъ рвеніе [3]).

Таковы были въ различныхъ классахъ общества соединенныя вліянія, которыя вступили въ борьбу за римское право противъ привиллегій могущественной аристократіи и вѣковыхъ традицій потомковъ германскихъ племенъ. Прослѣдимъ внимательно за перипе-

[1]) P. de Fontaines, XXI, 7: „Saces bien ke selonc Diex tu n'as mie pleniere pooste seur to vilain, dont se tu prens du sien fors les droites amendes k'il doit, tu les prens contre Dieu et sur le périll de t'ame“.

[2]) Святой Бернардъ жаловался, что въ папскомъ дворцѣ занимались болѣе законами Юстиніана, чѣмъ законами Бога.—Neander, *Leben des heiligen Bernard*, стр. 276.

[3]) Этимъ объясняется извѣстная декреталія Гонорія III, запрещавшая изученіе римскаго права въ Парижскомъ университетѣ: „...*Ut plenius sacrae paginae insistatur*, firmiter interdicimus et districtius inhibemus, ne Parisiis vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire jus civile praesumat...“ C. 28, X, *de privileg.*, V, 33, a. 1220.

тіями этой борьбы; ставкой ея были не только политическія судьбы Франціи, но и условія положенія женщины въ семьѣ и въ обществѣ: принципы каноническихъ и римскихъ законовъ стояли въ этомъ отношеніи, какъ мы это сейчасъ увидимъ, въ полномъ противорѣчіи съ принципами германскихъ обычаевъ.

Къ большой чести римскаго и каноническаго права слѣдуетъ отнести, во-1-хъ, протестъ противъ грубаго предразсудка германскихъ народовъ, дѣлавшаго изъ матеріальной силы одно изъ условій гражданской правоспособности, и, во-2-хъ, очищеніе понятія права провозглашеніемъ его идеальнаго и божественнаго принципа. Отсюда — освобожденіе слабѣйшаго пола отъ всѣхъ ограниченій правоспособности, имѣвшихъ то или другое отношеніе къ ея неспособности носить оружіе: женщина вышла изъ-подъ опеки, получила равное съ мужчиной участіе въ наслѣдованіи и могла, даже въ продолженіе брака, сохранить за собою пользованіе и управленіе своимъ имуществомъ. Слабость—въ глазахъ законодателя, руководимаго справедливостью,—дѣлалась основаніемъ не для гнета, а для покровительства, и законъ, готовый помочь женщинѣ даже противъ опасностей ея собственной неопытности, окружалъ ея личность и имущество той же бдительной защитой и тѣми же привиллегіями, которыми издавна пользовались малолѣтніе [1]).

Но эта самая защита была новой формой неспособности,—болѣе мягкой, чѣмъ германская неспособность, но, можетъ быть, и болѣе унизительной. Съ точки зрѣнія законодательства, связывавшаго гражданскую способность не съ физическими, а съ нравственными качествами лица, женщина, объявленная неспособной, ставилась этимъ самымъ нравственно ниже, чѣмъ мущина. Таково было представленіе, распространенное во всѣхъ древнихъ законодательствахъ, и отъ него не отрѣшилось вполнѣ и каноническое право. Древній міръ никогда не зналъ, а церковь всегда осуждала тотъ присущій германской расѣ энтузіазмъ, который, обративъ женщину въ предметъ культа, одновременно почтительнаго и страстнаго, заставлялъ германскаго воина слушаться предсказаній

---

[1]) Римское право (по крайней мѣрѣ, времени глоссаторовъ) предоставляло женщинѣ, кромѣ привиллегіи сенатусъ-консульта Веллейана, еще возстановленіе въ прежнемъ состояніи (restitutio in integrum) въ случаяхъ ошибки, lesio enormis и т. д. Thomasius, *dissert.*, 78; Cyprianus, *disput.*, 25.

пророчицы, а рыцаря среднихъ вѣковъ — приказаній дамы его мыслей. Напротивъ, римское и каноническое право заключали дѣятельность женщины въ самую тѣсную и глухую сферу: они запрещали ей мѣшаться въ собранія мущинъ [1]), затрудняли доступъ въ суды [2]), исключали ее изъ всѣхъ *officia virilia*, не допускали участія ея въ публичномъ культѣ, предписывали ей закрывать голову и не разрѣшали ни касаться священныхъ вещей, ни приближаться къ алтарю [3]). Не будучи въ состояніи искоренить то германское суевѣріе, которое приписывало инымъ женщинамъ сверхъестественную силу, каноны исказили его, и пророчица Одина, такъ чтимая германскими племенами *sortiaria*, превратилась въ средневѣковую вѣдьму, проклинаемую и гонимую [4]). Папы и соборы боролись съ неменьшимъ рвеніемъ, хотя и не съ такимъ успѣхомъ, противъ рыцарскихъ обычаевъ, признававшихъ за женщинами права судебной власти и феодальнаго сюзеренства. „Странно и неприлично видѣть, даже у варварскихъ народовъ, самокъ (я перевожу каноны одного французскаго синода), которыя, отступая отъ стыдливости своего пола и попирая божескіе и человѣческіе законы, являются съ поднятой головой въ публичныя собранія и вмѣшиваются въ дѣла государства, гдѣ онѣ дѣлаютъ больше зла, чѣмъ добра, — онѣ, которыя должны бы проводить всю жизнь въ гинекеяхъ и работать исключительно иглой и прялкой“ [5]).

---

[1]) Las siete Partidas, part. V, tit. XI, ley 2.

[2]) L. 21, C. J., *de procur.* II, 12: „.. Ne feminae, persequendae, litis obtentu, in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur“.

[3]) C. 10, X, *de poenitent. et remiss.*, V, 38; c. 29, dist. XXIII; c. 25, dist. XXIII; c. 13, 19, caus. XXXIII, qu. 5.

[4]) Weinhold, *deutsche Frauen, die Hexen*, стр. 68.—Grimm, *deutsche Mythologie, weise Frauen*, стр. 368.

[5]) „Mirum videtur, quod quaedam mulierculae, contra divinas humanasque leges, attrita fronte impudenter agentes, placita generalia et publicos conventus indesinenter adeunt et negotia regni magis perturbant quam disponunt, cum indecens sit et etiam inter barbaras gentes reprehensibile, mulieres virorum causas discutere et quae de lanificiis suis et operibus textilibus et mulieribus inter gynaecea sua residentes debuerant disputare, in conventu publico, ac si in curia residentes, senatoriam sibi usurpare auctoritatem“. Can. 19, Sinod.—Nammens.; цитировано у Laboulaye, *Rech. sur la condition des femmes*, стр. 443.—C. 4, X, *de arbitr.* (I, 43), Иннокентій III: „Quamvis

Каноническое право даетъ здѣсь лишь эхо древняго міра, и мы сейчасъ увидимъ, что романисты выражаются не иначе. Предоставляю слово одному изъ самыхъ просвѣщенныхъ и либеральныхъ изъ нихъ. „Законъ, говоритъ Боденъ [1]), запрещаетъ женщинамъ занимать всѣ должности и положенія, свойственныя мущинамъ, какъ напр., положеніе судьи, представителя на судѣ и т. п.,—и не потому только, что женщины неосторожны,— какъ думалъ это Марціанъ, называя Аѳину Палладу единственной богиней, не имѣвшей матери, и доказавшей этимъ происхожденіе мудрости не отъ женщины,—а потому особенно, что мужскія дѣйствія противорѣчатъ полу, стыдливости и скромности женщины".

Если бы не было скучно продолжать цитаты и заставлять говорить послѣ Бодена обыкновенныхъ писателей, я могъ бы привести здѣсь любопытные образчики здраваго смысла и сомнительнаго вкуса, обнаруженныхъ юристами этого времени въ ихъ разглагольствованіяхъ о женщинѣ. Романисты и канонисты упрекаютъ ее въ одинъ голосъ въ расточительности и скупости, въ притворствѣ и неспособности держать тайны, въ вѣроломной ловкости, съ какой она обманываетъ другихъ, и въ безсмысленной легкости, съ какой она даетъ обманывать себя другимъ [2]). Какъ ни пусты и ни смѣшны эти декламаціи, ихъ интересно отмѣтить, какъ непреложное свидѣтельство духа нашей старой юриспруденціи; онѣ показываютъ, въ то же время, что вліяніе римскаго права на положеніе женщины было смѣшано изъ хорошаго и дурнаго, и это будетъ особенно видно изъ дальнѣйшаго изложенія. Оно убѣдитъ насъ, что, если женщина пользуется теперь гражданской способностью и свободой, она обязана этимъ не римскому праву въ большей мѣрѣ,

autem secundum regulam juris civilis feminae a publicis officiis sint remotae, et... ab omni sint judiciali examine separandae,... quia tamen juxta consuetudinem approbatam, quae pro lege servatur in partibus Gallicanis, feminae praecellentes in subditos suos ordinariam jurisdictionem habere noscuntur, mandamus..."

[1]) *De la République*, кн. VI, гл. 5 (стр. 735).

[2]) См., напримѣръ, филиппику Tiraqueau, *de leg. connub.*, gl. 1, p. 1: ....Multis placet mulieres ferme rationis esse expertes: namquae divinus ille Plato dubitare videtur utro in genere ponat mulierem, rationalium animalium an brutorum... Sunt admodum decipi faciles, ut asserunt Aristoteles et Avicenna;... saevae, ambitiosae, potestatis avidae...; nesciunt retinere arcana, ets".

чѣмъ германскому, а комбинаціи того и другого права, при чемъ одно исправляло и дополняло другое, объединяясь съ нимъ.

II.

Продолжительная работа слiянiя римскихъ законовъ съ германскими обычаями,—работа, которой послѣднимъ результатомъ былъ нашъ гражданскiй кодексъ — началась съ того дня, когда наука глоссаторовъ проникла во французскiе университеты. Легисты XIII в., по выраженiю одного изъ ихъ позднѣйшихъ послѣдователей [1]), „пробили ледъ и открыли путь". Но прежде, чѣмъ изучать реформу, ими совершенную, вернемся на минуту къ предшествующимъ имъ вѣкамъ невѣжества и варварства и ознакомимся съ судьбами римскаго права во Францiи въ первую половину среднихъ вѣковъ.

Нашествiе варваровъ разрушило Имперiю, но не ея гражданское право; галло-римское населенiе [2]) и духовенство [3]) продолжали жить по римскому праву, и это послѣднее уже при Карлѣ Лысомъ разсматривалось какъ общее право всего юга Францiи [4]). Но что понималось въ эти варварскiя времена подъ римскимъ правомъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ менѣе простъ, чѣмъ это могло бы казаться, и памятники, съ помощью которыхъ онъ долженъ быть рѣшенъ, не отличаются ни точностью выраженiй, ни согласованностью между собою. Если вѣрить оффицiальнымъ сборникамъ и теоретическимъ трактатамъ этого времени, какъ напр. *Папiану*, *Exceptiones Petri*, *Breviarium Alarici*, то можно было бы думать, что римское право сохранялось на югѣ Францiи до XI в. въ томъ же приблизительно видѣ, въ какомъ оно существовало еще при паденiи Имперiи. Въ частности, положенiе женщины представлено въ этихъ памятникахъ такимъ же, какимъ оно было

---

[1]) Антоний Луазель.

[2]) L. Burgund., *prol*. „Inter Romanos... romanis legibus praecipimus judicari." Const. Chlotar., 4 (Baluze, t. 1, col. 7): „Inter Romanos negotia causarum romanis legibus praecipimus terminari".

[3]) L. Ripuar., LVIII, 1: „Secundum legem romanam, qua Ecclesia vivit".—L. Langob. Ludovici Pii, 55. Ut omnis ordo ecclesiarum lege romana vivat".

[4]) Edict. Pistense, 20 (Walter, т. III, стр. 144, 146). „In illis autem regionibus in quibus secundum legem romanam judicantur..."

при императорѣ Θеодосіи; приданое охраняется все той же системой различныхъ гарантій; сенатусъ-консультъ Веллейана имѣетъ своими истолкователями тѣхъ же пятерыхъ авторитетныхъ юристовъ [1]). Словомъ, съ перваго взгляда возможно было бы предположить что ничего не измѣнилось, и что правосудіе отправлялось въ IX и X вв. съ помощью вигье и бароновъ Аквитаніи и Прованса—точно такъ же, какъ оно отправлялось префектами и преторами временъ Θеодосія и Константина. Но между оффиціальнымъ правомъ кодексовъ и живымъ правомъ дѣйствительности разстояніе иногда очень велико,—особенно, въ тѣ вѣка невѣжества и безпорядка, о которыхъ идетъ теперь рѣчь. Остановимся нѣсколько минутъ на правѣ практиковъ и судовъ этого времени, развернемъ объемистые сборники протоколовъ и формулъ, собранныхъ дипломатикой послѣднихъ столѣтій, и мы увидимъ, какъ мало походилъ писанный законъ, изложенный въ *Breviarum* и въ *Exceptiones Petri*, на живое право.

Неясная и безпорядочная смѣсь римскихъ традицій и германскихъ обычаевъ—вотъ право, представляемое намъ хартіями и грамотами этого времени. Преобладающій элементъ въ этой смѣси составляетъ все-таки римское право, но это — не римское право Пандектъ или даже *Petri Exceptiones*. Ни одно римское положеніе, предполагающее нѣсколько сложныя соціальныя отношенія или извѣстную тонкость толкованія у судьи, не подходитъ къ этому варварскому времени, и хотя такія положенія фигурируютъ еще въ оффиціальныхъ текстахъ, практика съ ними не считается. Къ разряду такихъ именно положеній или институтовъ принадлежитъ и сенатусъ-консультъ Веллейана. Я нахожу только изолированное упоминаніе о немъ въ одной грамотѣ VIII в.; но эта грамота относится къ Равеннскому экзархату, который освѣщается еще въ это время лучами цивилизаціи Византіи [2]). Ни въ

[1]) Breviar. Alaric: „In omni genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere] mulieres prohibentur“.—*Толкованіе:* „In omni genere causarum pro quibuscumque prohibentur“.—„Mulier, quae tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium scti non pertinet“.—*Толков.:* „In hoc tantum mulier fidejussione tenetur, ut si tutores filiis suis petat et pro eis fidejussor existat, filiis teneatur obnoxia“.—Petri exceptiones, IV, 53, 54.

[2]) Актъ даренія, совершенный въ Равеннѣ въ 767 г. (Muratori, *Antiq. Ital.*, т. III, стр. 889). Дарительница отказывается отъ различныхъ спосо-

одной франко-римской провинціи я не замѣчаю и слѣда этого сенатусъ-консульта, который показывается снова лишь въ ту эпоху, когда опять расцвѣтаютъ торговля и наука, т.-е. въ XII и XIII столѣтіяхъ [1]). Вмѣстѣ съ Веллейановымъ сенатусъ-консультомъ изчезаютъ и другія запрещенія, тяготѣвшія въ римскомъ правѣ надъ женщиной; благодаря вліянію феодальныхъ обычаевъ, женщина на югѣ Франціи, какъ и на сѣверѣ, участвуетъ свободно въ судебныхъ дѣйствіяхъ, въ роли то посредника, то судьи, иногда даже—представителя на судѣ [2]). Въ свою очередь, благодаря римскому вліянію, устранены запрещенія германскихъ законовъ, и практика *mundium*, отвергнутая молчаливо какъ въ *Forum judicium*, такъ и въ *Breviarium*, вскорѣ совсѣмъ прекращается, такъ что, начиная съ VIII в., намъ попадаются на югѣ Франціи лишь рѣдкіе слѣды этого архи-германскаго учрежденія [3]).

Такимъ образомъ, сліяніе римскихъ и германскихъ традицій происходитъ въ нравахъ, прежде чѣмъ оно дѣлается предметомъ знанія. Прослѣдить это сліяніе можно во всѣхъ учрежденіяхъ гражданскаго права этого времени. Вездѣ римскій элементъ господствуетъ, но также вездѣ съ нимъ скрещиваются германскія

бовъ отмѣны своего даренія: legum benefitia, juris et facti ignorantia, foris, locisque, praescriptione alia, senatoque consulto quod de mulieribus praestitit, beneficio retractandi..."

[1]) Я нахожу у Vaissette множество грамотъ, въ которыхъ жена обязывается вмѣстѣ съ мужемъ безъ того, чтобы рѣчь заходила объ ея отреченіи отъ сенатусъ-консульта. *Histoire du Languedoc*, т. II, доказательства, n. 233, a. 1067; n. 237 и т. д.

[2]) Vaissette, т. II, n. 146, a. 1013 (въ этой грамотѣ жена подписывается первой и говоритъ за своего мужа), n. 275, 278, 518; т. III, n 43 и т. д...

[3]) Рядомъ съ болѣе, чѣмъ сотней грамотъ, въ которыхъ женщина дѣйствуетъ одна, я не могу найти въ объемистомъ сборникѣ Vaissette болѣе двухъ, гдѣ она имѣетъ совѣтника (т. II, доказательства, col. 295, a. 1077; т. III, доказательства, n. 78, 2°, a. 1207). Я вижу, правда, многочисленныя грамоты, въ которыхъ вдовамъ ассистируютъ ихъ сыновья (Mabillon, *de re dipl.*, l. VI, n. 134, стр. 567); но они выступаютъ въ качествѣ не *auctores*, а будущихъ наслѣдниковъ; мать не только не состоитъ подъ опекой своихъ дѣтей, но сама, напротивъ, служитъ имъ опекуномъ. Vaissette, т. II, n. 302, 310, 312.—Практика *advocati* для женщинъ удерживается, кажется, дольше въ Германіи (Neugart, Cod. dipl. Alem., т. I, n. 549, a. 884; n. 568, 569, a. 886 etc.) и въ Италіи. (Muratori, *Antiq. Jtal.*, т. II. стр. 135).

начала. Въ вопросѣ наслѣдованія, напр., общіе принципы остаются, попрежнему, римскими: свобода завѣщанія и, въ случаѣ отсутствія завѣщанія, равный раздѣлъ наслѣдства между нисходящими обоего пола. Но германскій и феодальный духъ приспособляетъ эти римскіе принципы къ своимъ обычаямъ: свободой завѣщанія пользуются лишь для того, чтобы сократить наслѣдственныя доли младшихъ сыновей и дочерей; преимущественныя права старшаго сына и мужскихъ наслѣдниковъ, освященныя въ германской Франціи закономъ, освящаются постепенно и въ римской Франціи силой обычая [1]). Въ вопросахъ брачнаго права преобладаніе принадлежитъ опять римскому праву: приданое есть не то, что вносится мужемъ, а то, что вносится женой [2]); мужъ вступаетъ во владѣніе имуществомъ жены не въ силу супружескаго *mundium*, а въ силу акта установленія приданаго [3]). Но и здѣсь германскіе предразсудки и привычки искажаютъ примѣненіе римскихъ принциповъ: идеальное раздѣленіе, установленное римскими юристами, между интересами и имущественными сферами обоихъ супруговъ, было слишкомъ абстрактно и противно матеріальной дѣйствительности—для того, чтобы быть усвоеннымъ германскими варварами. Во всѣхъ грамотахъ этого времени интересы супруговъ, если послѣдніе не разлучены, представляются не раздѣленными, а соединенными. Все равно, о чемъ бы ни шло дѣло, о дареніи или продажѣ, объ имуществѣ жены или мужа, о наслѣдственномъ имуществѣ или пріобрѣтеніяхъ, жена никогда не предпринимаетъ ничего безъ согласія мужа—точно такъ же, какъ и мужъ не распоряжается ничѣмъ иначе какъ съ согласія жены [4]).

---

[1]) Vaisette, т. II, п. 413.

[2]) Если взносъ дѣлается и мужемъ, то это лишь *donatio propter nuptias*, соразмѣряемая съ приданымъ жены и его уравновѣшивающая. Vaissette, т. II, п. 492, а. 1152: *„Dos haec et donatio pr. nuptias quae fuerit vel est mihi data, in quantitate et in pactis aequis passibus ambulent“*. T. II, п. 8, а. 1171; п. 78, а. 1207. Ruffi, *Hist. de Marseille*, т. I, стр. 484, а. 1005.

[3]) Въ нѣкоторыхъ грамотахъ попадается еще совершенно римское различіе между приданымъ и отдѣльнымъ имуществомъ жены. Vaissette, т. II, п. 193, а. 1048.

[4]) Vaissette, т. I, п. 88,, а. 862: „Signum Rotruadae uxori suae consentiente“;—т. II, п. 135, а. 1000: „Ego Odo vicecomes dono, consentiente uxore mea Chimberga, aliquid de alode meo“. Эта содѣятельность жены имѣетъ мѣсто даже при завѣщаніи. Martène, *Anecd.* т. I, стр. 85; Vaissette, т. II,

Германская идея общности непрерывно смѣшивается съ затемненными традиціями римскаго приданаго.

Эти римскія традиціи должны были, казалось, тѣмъ болѣе затемняться и стираться, чѣмъ болѣе онѣ удалялись отъ своего источника, и чѣмъ болѣе вѣковъ подымалось надъ развалинами Имперіи. Но въ дѣйствительности произошло противоположное: потомки галло-римлянъ сохраняли постоянно смутную память о великолѣпіи и величіи Имперіи, принимаемой ими какъ бы за типъ совершенной соціальной организаціи. Каждый успѣхъ на пути порядка и просвѣщенія, каждая побѣда надъ варварствомъ— были обращеніемъ къ этому славному прошлому. И когда въ XII в. новый духъ свободы охватилъ всю Францію, отъ одного ея конца до другого, то освобожденіе общинъ и муниципій, бывшее въ центрѣ и на сѣверѣ Францію пробужденіемъ германскаго духа, было на югѣ ея возвращеніемъ къ римскому закону. Мы ознакомились въ прошлой главѣ со сборниками обычаевъ общинъ Сѣвера; сравнимъ ихъ теперь со статутами муниципій Юга.

Хотя города Сѣвера и Юга возстали одновременно, какъ бы согласившись между собою, противъ сообща давившаго ихъ ига феодальной тираніи, они черпали принципы своей свободы изъ разныхъ источниковъ. Новыя городскія общины Прованса и Лангедока нашли типъ своей муниципальной конституціи не въ германскихъ традиціяхъ: онѣ заимствовали его изъ Италіи. Маленькія республики Ломбардіи и Тосканы находились тогда во всемъ блескѣ своего могущества и богатства. Драгоцѣнныя учрежденія и запасы знанія античнаго міра, сохраненныя ими въ вѣка варварства, не остались въ предѣлахъ одного полуострова. Они распространились, — благодаря торговымъ сношеніямъ, связавшимъ италіянскіе и французскіе берега Средиземнаго моря [1]),—

---

n. 101, a. 966: „Hic est brevis divisionalis quem fecit Matfredus vicecomes et uxor sua Adalaiz, ad diem quo cupiunt pergere Romam, de omnibus rebus illorum, propter remedium animae eorum... Haec omnia superius scripta, quamdiu vivimus, pariter teneamus, et possideamus, et si uxor mea me supervixerit, ipsa omnia teneat et possideat... Sign. Matfredi vic. et Adalaiz, uxoris meae, qui simul hanc nostram divisionem fecimus".

[1]) Vaissette даетъ интересныя подробности о торговыхъ связяхъ Марселя, Монпелье и Нарбонны съ Генуей и Пизой (т. III, стр. 552) и текстъ торговаго договора, между Генуей и Нарбонной 1166 г. (т. III, доказательства, n. 1) См. еще *Recueil des Ordonn.*, *passim*, t. XI.

на все побережье Прованса и Лангедока и отсюда проникли мало-по-малу и внутрь королевства. Къ концу XIII в. третья часть настоящей южной Франціи [1]) была покрыта небольшими муниципіями, организованными по образцу италіянскихъ муниципій. Такъ же, какъ въ древнемъ мірѣ, эти муниципіи имѣли свои куріи и своихъ выборныхъ консуловъ. Нравами, языкомъ, какъ и правомъ, онѣ стояли гораздо ближе къ роскошнымъ и развращеннымъ городамъ береговъ По, нежели къ бѣднымъ и энергичнымъ общинамъ сѣвера Франціи. Пѣсни и серенады трубадуровъ не отличаются болѣе ни суровостью старыхъ поэмъ Сѣвера, ни ихъ строгимъ цѣломудріемъ [2]); въ поэзіи и въ такъ называемыхъ „*cours d'amours*“ Аквитаніи и Окситаніи повторяется постоянно, въ видѣ избитой истины, что любовь не можетъ существовать иначе, какъ внѣ брака. Законы идутъ параллельно нравамъ, и юриспруденція судовъ не менѣе снисходительна къ пороку, чѣмъ юриспруденція „курсовъ любви“. Германцы наказывали прелюбодѣяніе смертью; въ статутахъ Лангедока и Прованса наказанія за прелюбодѣяніе такъ смѣшны, что они, какъ будто, болѣе поощряютъ его, чѣмъ преслѣдуютъ. Да и соблазнъ наказанія превосходитъ соблазнъ проступка: мужчина и женщина, виновные въ прелюбодѣяніи, должны обѣжать голые весь городъ, если они не предпочитаютъ откупиться нѣсколькими солидами штрафа [3]). Кромѣ того, судъ можетъ обвинить ихъ лишь въ томъ случаѣ, если они даютъ застигнуть себя сержанту, въ сопровожденіи двухъ свидѣтелей: законъ преслѣдуетъ,

---

[1]) Aug. Thierry, *Histoire du tiers état*, гл. I.

[2]) Чтобы не выходить изъ моего предмета, я сошлюсь только на *Gràgàs*, объявляющій внѣ закона всякаго кто позволитъ себѣ обратиться съ пѣсней любви къ молодой дѣвушкѣ. Gràgàs, *Vigslodi*, 106 (т. II, стр. 150). Если позднѣйшая поэзія труверовъ и миннезингеровъ была не болѣе нравственна, чѣмъ поэзія трубадуровъ, то здѣсь мы также имѣемъ дѣло съ подражаніемъ южной поэзіи. Weinhold, *die deutsche Frauen*, стр. 308 и слѣд.

[3]) Cout. de Montpellier, 22, a. 1204 (*Thalamus*, Montpellier, 1840, стр. 40): „La femena premieyra ane, et amduy nut corron per la vila e son fustigastz, et en altre non son condempnatz“.—Cout. d'Alais, II, 4, a. 1216 (Olim, т. III, стр. 1484): „...Et en al ren non sian condempnat, e'l femna an primiciran“. — Ордонансъ Людовика Святого 1246 г. для Aigues-Mortes требуетъ, чтобы виновныхъ заставляли только бѣжать голыми, но не били. Vaissette, т. III, стр. 528; *Ordonn.*, т. V. стр. 6; т. XI, стр. 496.

какъ будто, не преступленіе, а неловкость попадающихся въ немъ [1]).

Переходя отъ уголовныхъ законовъ, регулирующихъ отношенія половъ, къ гражданскому законодательству по тому же предмету, мы замѣчаемъ здѣсь еще болѣе сходства со статутами Италіи и еще болѣе противоположности съ обычаями Сѣвера. Римское право, какъ и въ Италіи, составляетъ основаніе гражданскаго законодательства: утверждая его нормы, статуты нашего Юга дѣлаютъ въ другой формѣ то же, что и сборники нашего обычнаго права на Сѣверѣ, когда они освящаютъ по-своему германское право; въ обоихъ случаяхъ подтверждаются древніе обычаи и возстановляются древнія традиціи, такъ какъ римское право не перестаетъ никогда дѣйствовать на югѣ Франціи, въ качествѣ обычнаго права [2]). Во всякомъ случаѣ, переходя въ статуты, римскіе институты получаютъ больше твердости, устойчивости, и освобождаются отъ тѣхъ германскихъ примѣсей, которыя ихъ искажаютъ.

Въ частности, приданое отдѣляется яснѣе отъ общности имуществъ супруговъ, господствующей въ обычномъ правѣ. Характернѣйшій признакъ римскаго приданаго — раздѣленіе имущественныхъ сферъ супруговъ—выступаетъ уже съ достаточной точностью въ древнѣйшихъ статутахъ этой эпохи. Если даренія между супругами еще не запрещены, то злоупотребленія ими предупреждаются различными ограниченіями; такъ напр., обычное право Монпелье запрещаетъ такія даренія бездѣтной супругѣ и разрѣ-

---

[1]) „Ita quod capiatur nudus cum nuda, vel vestimentis depositis cum vestita, per aliquem de curia domini Regis, praesentibus cum eo duobus consulibus vel probis hominibus“ etc... Cout. de la Peyrouse (около Тарба), 33, a. 1308 (*Ordonn.*, т. XII, стр. 379). Другіе обычаи, какъ напр., въ Agen, освобождаютъ виновныхъ отъ наказанія, если они убѣгаютъ до того, чѣмъ быть задержанными. См. *Ordonn.*, т. XI, стр. 497; Brequigny, *Предисловіе* къ т. XII.

[2]) См. ордонансъ Людовика Святого, 1254 г. для Beaucaire et Nimes (Vaissette, т. III, доказательства п. 308): „...Jura scripta, quibus hactenus usi sunt ab antiquo, volumus observari; non quod eorum obliget nos auctoritas, seu adstringat; sed quia mores eorum in hac parte ad praesens non duximus immutandas“. См. также Cout. de Montauban, 20, a. 1322 (*Ordonn.* т. XI, стр. 66): „Que les anciens uz et coutumes observés çi-devant retiennent leur force et vigueur..., soit en ce qui concerne le gain des dots et augment et donation eu faveur de mariage, etc...

шаетъ ихъ матери, разсчитывая, очевидно, на материнскую любовь, какъ на сдержку слишкомъ исключительной любви къ супругу [1]). Съ этихъ поръ невозможно болѣе смѣшеніе между имуществомъ мужа и имуществомъ жены: законъ обезпечиваетъ за обоими супругами полную сохранность ихъ собственности и предоставляетъ каждому изъ нихъ весьма ограниченныя права въ имуществѣ другого. Права жены ограничены, какъ и въ римскомъ правѣ, извѣстной долей въ наслѣдованіи, выгодами пережитія [2]). Права мужа подвергаются также не менѣе значительному ограниченію: онъ болѣе не опекунъ или *mainbour*, владѣющій на этомъ титулѣ всѣмъ имуществомъ своей подъопекаемой. Если статуты нашего Юга и приписываютъ ему еще супружескую власть, то эта власть не имѣетъ уже ничего общаго съ германскимъ *mundium*, такъ какъ она не распространяется болѣе на все имущество жены, заключается въ предѣлы, указанные брачнымъ договоромъ, и поражаетъ одно приданое [3]). Лишенный всякаго права на отдѣльное имущество жены, мужъ и въ отношеніи приданаго удерживаетъ лишь право управленія и пользованія имъ. Собственность на это приданое принадлежитъ исключительно женѣ [4]), и она не отчуж-

[1]) Cout. de Montpellier, 54;—de Carcassonne, 54 (Ch. Giraud, *Essai sur l'Histoire du droit francais*, доказательства, т. I, стр. 61).—Cout. de Sole (Mauléon), XXIV, 3: „Donation, obligation ou quittance que lot marit a fest à sa molher ou la molher au marit durant le maridadge, non valor, pausat que y aye sagrament."—Cout. de Labourt, IX, 3; de Bergerac, 129.

[2]) Cout. de Marziac, 29; Bastide de Trie, 26; Solomiac, 26; Val—Roy en Chalosse, 32; Villefranche de Rouergue, 19 etc.. (*Ordonn.*, т. XII, стр. 341 и слѣд., и т. д...

[3]) Masuer, *Practique*, IX, II: „Et si une femme agissoit pour ses biens dotaux sans l'authorité de son mary ou du juge, le défendeur peut exciper, d'autant qu'elle est tenue *en ce cas* estre en la puissance de son mary. Tout le contraire seroit s'il estoit question des biens paraphernaux et adventifs, pour lesquels la femme peut estre seule en jugement sans l'authorité de son dict mary".—Cout. d'Auvergne, XIV, 9;—de la Marche, XXI, 305.—Германское вліяніе сказывается лишь въ томъ, что всѣ имущества считаются приданымъ, если нѣтъ актовъ, спеціально устанавливающихъ ихъ отдѣльное существованіе. Но если отдѣльное имущество никогда не предполагается, то установленіе его всегда разрѣшается супругамъ.

[4]) Masuer, XIV, 23: „Et il faut noter, que le mary et non la femme peut vendiquer la chose dotale (*L. Doce Ancillam. C. de rei vind.*). Mais aujourd'hui on observe le contraire, et faut que tous deux y interviennent, le mary pour le regard de l'usufruit, et la femme à cause de la propriété".—Cout. de Sole,

даема, такъ что даже тѣ обычаи, которые не устанавливаютъ абсолютной неотчуждаемости приданаго, требуютъ въ случаѣ отчужденія его торжественной присяги жены или вступленія ея родственниковъ [1]). Многіе статуты охраняютъ еще приданое залогомъ въ имуществѣ мужа и привиллегіей [2]) при производствѣ съ него взысканія. Словомъ, въ небольшихъ и едва набросанныхъ кодексахъ нашихъ южныхъ городовъ мы находимъ уже всѣ элементы сложной и ученой системы римскаго приданаго.

Наконецъ, и Веллейановскій сенатусъ-консультъ, который дополняетъ римскую систему приданаго и всегда сопровождаетъ ее, прививается съ распространеніемъ римскихъ идей во всей южной Франціи. Дѣйствіе этого сенатусъ-консульта, начиная съ XIII в., въ Провансѣ, въ Лангедокѣ, въ Овернѣ и даже въ Бургундіи доказывается не только многочисленными грамотами, въ которыхъ женщины отказываются отъ предоставленной имъ льготы [3]), но и прямыми распоряженіями нѣкоторыхъ статутовъ. То, какъ въ

VIII, I: „Lo marit, per sa molher, es recebut a comparir en jugement sens procuration, si non es contredit per sa molher".

[1]) Stat. de Salon, ann. 1293 (Ch. Giraud, т. II, стр. 254): „Si vir et uxor communi consensu vendiderint vel pignori obligaverint... res dotales, et uxor sponte non coacta venditionem seu pignus... corporaliter juraverit, statuimus quod tales alienationes ratae sint et firmae in perpetuum". Ср. Cout. de Montpellier, 14; anc. cout. de Bordeaux, 114, XIII s.; cout. de Villeneuve de Berg, 18, ann. 1312 (*Ordonn.*, т. XII). Единственное исключеніе составляетъ Ancienne Coutume de Toulouse (rubr. *de empt. et vend.*, II, ann. 1282).

[2]) Anc. cout. de Toulouse, rubr. *de poderagio*.

[3]) Plancher, *Histoire de Bourgogne* Dijon, 1739, т. II, доказательства, n. 162, ann. 1302: „...Et toutes les choses dessus dictes et une chacune, je contesson de Genove, femme doudit Monseignor Jehan, seinghor de Mireboul, de ma bonne volonté et san cohercion nulle, dou comandement et l'autorité dou dit Monseignor Jehans mon mari, lou veu let ottrois et approvois... et renoncons en ce fait à certaine science et per notre sairement... à toutes graces et priviléges qui sont ottroiiées en favor des femmes, à la loi Julie dous fons de doaire non aliéner et *à la loi dou saige Voleyen;* à toute hayde de droit de canon et de lois, et à toutes exceptions, droits, raisons, allégations, defensions de fait et de droit et autres queles queles soieut".—Perard, *Recueil de pièces curieuses*, Paris, 1664, стр. 527. Въ грамотѣ 1280 г. dame de Longvic отрекается „espécialement au droit qui dit que femme ne se peut obliger pour autrui"; грамоты 1273, 1274 г.г.—Vaissette, т. III, доказательства, n. 344, ann. 1263.

Монпелье, недѣйствительность интерцессіи покрывается согласіемъ на нее мужа, и жена свободно обязывается передъ кредиторами послѣдняго, отказываясь въ ихъ пользу даже отъ своего права залога въ имуществѣ мужа [1]). То, какъ въ Оверни, исходя изъ противоположнаго и болѣе согласнаго съ римскими традиціями различія, законъ нападаетъ съ особенной строгостью на интерцессію въ пользу мужа [2]). То, наконецъ,—и это чаще всего,—юриспруденція слѣдуетъ среднему пути между обѣими крайними системами и, объединяя въ одномъ и томъ же запрещеніи интерцессію какъ въ пользу мужа, такъ и въ пользу посторонняго лица, разрѣшаетъ женщинѣ въ томъ и другомъ случаѣ отрекаться отъ ея льготы [3]). Но при всѣхъ различіяхъ въ примѣненіи сенатусъ-консульта, всѣ наши южныя провинціи приняли единогласно его принципъ; единственнымъ, сколько мнѣ извѣстно, и то вскорѣ исчезнувшимъ исключеніемъ былъ статутъ города Тулузы, отвергшій сразу и сенатусъ-консультъ Веллейана, и принципъ неотчуждаемости недвижимаго имущества, входящаго въ приданое (fundus dotalis [4]).

Не все, однако, было римскимъ въ этихъ древнихъ обычаяхъ. Въ муниципальныхъ статутахъ южной Франціи, какъ и въ статутахъ итальянскихъ, я вижу также смѣшанныя съ римскими институтами германскія привиллегіи въ пользу старшаго сына и мужскихъ наслѣдниковъ. Я замѣчаю даже, что эти привиллегіи, хотя и чисто феодальныя, были введены въ римскіе статуты южныхъ городовъ ранѣе, чѣмъ онѣ успѣли проникнуть въ сборники германскихъ обычаевъ Сѣвера, и это странное, повидимому, обстоятельство можетъ быть легко объяснено. Въ городахъ Прованса и Лан-

---

1) Cout. de Montpellier. 38, ann. 1204 (Ch. Giraud, т. I, доказательства, стр. 58. *Thalamus parvus*, стр. 23); d'Aigrefeuille, *Hist. de Montpellier*, Montpellier, 1737, т. I, доказательства, стр. 669.

2) Masuer, XXIX, 12: „La femme qui s'oblige pour son mari ne demeure aucunement obligée; mais si c'étoit pour un étranger, et qu'elle eût renoncé au Velleian duquel elle eût été certiorée, le en seroit tenue pour le regard des biens paraphernaux et adventifs".

3) Jean Papon, *Instrument des trois notaires*, liv. IX (т. I, стр. 654); Guy Pape, *Quest*, 227.

4) Anc. cout. de Toulouse, ann. 1285, rubr. *de debitis*, 2—4.—Этотъ сборникъ, дѣйствіе котораго ограничивалось стѣнами Тулузы (Gregorius Tolosanus, *Synt. jur.*, l. XXIV, c. 3, n. 25), потерялъ силу въ въ XVII в. даже въ самомъ городѣ. Catellan, Arrêts remarq., IV, 49.

гедока, болѣе торговыхъ и богатыхъ въ XIII в., чѣмъ города сѣверной Франціи, образовалась уже въ это время аристократія изъ горожанъ, подражавшая феодальной аристократіи и такъ же искавшая путемъ концентраціи семейнаго имущества приготовить и обезпечить блескъ своихъ семействъ. Само каноническое право шло на помощь этимъ видамъ разбогатѣвшихъ горожанъ и позволило покрывать присягой установленную римскимъ правомъ недѣйствительность отреченія отъ будущаго наслѣдства [1]). Благодаря этому средству, обычай заставлять дочерей, при выдачѣ ихъ замужъ, отказываться отъ всѣхъ ихъ наслѣдственныхъ правъ—распространился скоро по всѣмъ землямъ „писаннаго", т.-е. римскаго права, и значительное число статутовъ возвело этотъ обычай въ законъ [2]). Юриспруденція объявила его даже въ высшей степени благодѣтельнымъ, и романисты сумѣли приспособить къ нему принципы римскаго права съ помощью утвержденія, что, по примѣру новеллы 118, этотъ обычай „имѣлъ свое основаніе въ предполагаемой волѣ умершаго и въ общей практикѣ завѣщателей" [3]). Иные статуты, неудовольствовавшись такимъ отобраніемъ у дочерей ихъ наслѣдственной доли, ограничили даже размѣръ ихъ приданаго; недвижимое имущество должно было входить въ него только подъ контролемъ куріи, а законы противъ роскоши регламентировали расходы на свадьбу и подарки и шли даже такъ далеко, что запрещали женщинамъ употребленіе нѣкоторыхъ драгоцѣнныхъ камней и дорогихъ платьевъ [4]).

---

[1]) Введеніе этой доктрины приписывается Бонифацію VIII. Guy Pape, *Quaest*, 227, 228; Pasquier, *Recherches*, III, 11.

[2]) Cout. d'Arles, ann. 1142;—de Montpellier, 90, ann. 1204 (Ch. Giraud, т. II, стр. 2; т. I, доказательства, стр. 66); cout. des nobles de Narbonne, ann. 1232 (Vaissette, т. III, доказательства, n. 208; stat. de Marseille, II, 54, ann. 1255 (de Fresquet, *Stat. de Marseille,* Aix, 1865, стр. 106); stat. de Salon, ann. 1293 (Ch. Giraud, т. II, стр. 248); cout. de Bergerac, 55, ann. 1337 (Coutumier général, т. IV, 2-я ч.). Stat. de Provence, ann. 1472 (*Comment. sur les stat. de Provence*, т. I, стр. 433).

[3]) Julien, l. c.; Peregrinus, *de fideic.*, I, 24: „Statutum excludens feminas propter agnatos favorabile esse, attenta principali ratione quae fuit conservare bona in familia et agnatione, et est communis scribentium traditio".

[4]) Stat. de Salon (Ch. Giraud, т. II, стр. 260); Stat. de Marseille, II, 42 (de Fresquet, стр. 86); Etabl. des consuls de Montpellier, ann. 1255 et 1365 (*Thalamus parvus*, стр. 146—162).

Всѣ эти распоряженія, хотя и чуждыя римскому праву, представляли съ нимъ извѣстныя аналогіи, и это объясняетъ ихъ быстрое распространеніе по всей латинской Европѣ [1]). Система приданаго и исключеніе изъ наслѣдства дочерей, надѣленныхъ приданымъ, были направлены къ одной цѣли—къ сохраненію имущества въ семьѣ.

Но если германскіе обычаи перешли на югъ Франціи и смѣшались съ римскими учрежденіями, то и римское вліяніе произвело, въ свою очередь, глубокія измѣненія въ германскихъ обычаяхъ Сѣвера. Я показалъ, какъ традиція римскаго права продолжалась и развивалась въ провинціяхъ „писаннаго права"; теперь пора перейти отъ Юга на Сѣверъ и показать, какъ римскія идеи проникли постепенно до самаго сердца Франціи, жившаго дотого по своему обычному праву.

III.

Между римскимъ и германскимъ правомъ нѣтъ какъ будто ничего, кромѣ различій и контрастовъ, и, при сравненіи того и другого, невольно возникаетъ вопросъ: какъ соединеніе такихъ разнородныхъ вещей могло дать то въ высшей степени однородное законодательство, которое управляетъ нами въ настоящее время? Отражая точно нравы Имперіи, римское право, при организаціи брака имѣло въ виду, казалось, одинъ разводъ: стремясь предупредить неправильное смѣшеніе интересовъ супруговъ, которыхъ союзъ предполагался преходящимъ, оно обезпечивало за замужней женщиной ея имущество и ея независимость. Но если римская женщина была независима въ супружескомъ домѣ, если ея права почти равнялись правамъ мужа въ семейныхъ отношеніяхъ и при раздѣлѣ наслѣдства, то, выходя изъ семьи и прикасаясь къ обществу, она становилась подъ удары законовъ, объявлявшихъ ея неспособность. Эти законы изгоняли ее изъ форума, отказывали ей въ политическихъ правахъ и ограничивали даже ея гражданскую правоспособность запрещеніемъ вступаться въ чужія дѣла. Вотъ общій духъ римскаго права, насколько онъ касается положенія женщины. Что же мы видимъ въ законѣ гер-

---

[1]) См. выше, стр. 291 пр. 4; стр. 311 пр. 3.

манскомъ и феодальномъ? Вмѣсто системы приданаго—систему общности; вмѣсто раздѣльности имуществъ и ретроспективной независимости супруговъ—интимное единеніе имуществъ и вытекающую отсюда власть мужа; вмѣсто демократическаго принципа равнаго раздѣла наслѣдства—аристократическую привиллегію мужскихъ наслѣдниковъ; наконецъ, вмѣсто запрещенія обязываться и выступать на судѣ за другихъ, вмѣсто античныхъ нравовъ, прикрѣплявшихъ женщину къ семьѣ,—рыцарскіе нравы и феодальныя прерогативы дамы-сюзерена, судящей своихъ вассаловъ и управляющей ими. Противоположеніе между обоими законодательствами полное; права, которыя одно изъ нихъ признаетъ за женщиной, суть именно тѣ, которыя другое отрицаетъ. И между тѣмъ эти два законодательства, такъ враждебныя, повидимому, другъ другу, связываются не одной чертой скрытаго родства. Ближе разсматривая то и другое законодательство, нетрудно увидѣть, что римскій принципъ неотчуждаемости приданаго долженъ былъ легко аклиматизироваться въ томъ аристократическомъ законодательствѣ, которое хотѣло прежде всего удержать за семьей ея имущество. Два правила, дополнявшія въ римскомъ правѣ положеніе о неотчуждаемости приданаго:—запрещеніе дареній между супругами и запрещеніе женѣ поручаться за мужа—могли точно также разсчитывать на легкій доступъ въ законодательство, поднявшее такъ высоко власть мужа. Подъ супружескимъ *mundium* жена теряла свою независимость, волю и даже личность; поэтому и было совершенно естественно разсматривать ее, какъ неспособную договариваться съ мужемъ. Неизбѣжность этого послѣдствія до такой степени очевидна, что обычное право Франціи, сохранившее вѣрнѣе всего германскую традицію, а именно, — обычное право Нормандіи пришло путемъ строгаго примѣненія германскаго принципа къ тѣмъ же тремъ основнымъ правиламъ римской системы приданаго: неотчуждаемости входящей въ приданое недвижимости, запрещенію дареній между супругами и запрещенію женѣ обязываться въ пользу мужа [1]). Когда сенатусъ-консультъ

[1]) Я нахожу запрещеніе женѣ интерцедировать въ пользу своего мужа еще въ двухъ сборникахъ обычнаго права XII в. cout. de Roye (въ Вермандуа), 17, ann. 1183; cout. de Saint-Quentin, 20, составленныхъ ранѣе 1164 г. и утвержденныхъ въ 1195 г. (*Ordonn.*, т. XI, стр. 229, 272).

Веллейана распространился на сѣверѣ Франціи, норманны могли признать въ этомъ занесенномъ къ нимъ извнѣ учрежденіи одинъ изъ своихъ древнихъ національныхъ обычаевъ, и для усвоенія себѣ эдикта римскаго сената, имъ нужно было только прибавить къ своимъ обычаямъ новое названіе.

Такъ должны были смѣшаться и слиться оба элемента, составившіе наше современное право. Въ продолжительной работѣ, подготовившей это сліяніе, можно различить двѣ послѣдовательныя фазы. До конца среднихъ вѣковъ всѣ попытки научной комбинаціи „писаннаго" и обычнаго права были лишь грубыми и неловкими набросами. Схоластическая метода связывала тогда все знаніе. Три книги: Библія, Аристотель и Кодексъ гражданскаго права съ каноническимъ—резюмировали все, что знало тогдашнее человѣчество, и въ этихъ книгахъ изучали только ихъ текстъ и букву. Общество едва выходило изъ варварства и, какъ дитя, складывало еще буквы науки—прежде, чѣмъ выучиться читать въ ней. Для того, чтобы приспособить принципы римскаго права къ потребностямъ и обычаямъ феодальной Франціи, требовалась болѣе гибкая и смѣлая метода. Все, на что были способны юристы этого времени,—Фонтенъ, Бутиллье, авторъ *Livre de Justice et de Plaid*, авторъ *Coutumier de Charles VI* и т. д. — это — переводить буквально тексты Пандектъ и Кодекса и смѣшивать тѣ и другіе, часто безъ надлежащаго пониманія, съ текстами обычнаго права. Поэтому обычное и римское право въ сочиненіяхъ этихъ юристовъ лишь накладывались другъ на друга, но далеко еще не соединялись. Пусть мнѣ позволятъ на минуту дать слово этимъ старымъ юристамъ на ихъ собственномъ, еще варварскомъ языкѣ; при отсутствіи у нихъ всякой системы, я не могу сдѣлать ничего лучше, какъ заставить ихъ говорить подлинными словами.

Господствующее и настроивающее этихъ юристовъ чувство, это—рѣшительное и часто слѣпое поклоненіе римскому праву. „Въ земляхъ обычнаго права, противорѣчащіе писанному праву обычаи портятъ, разрушаютъ право и заслуживаютъ наваніе ненавистнаго права (haineux droit)" [1]). „Ненавистное право есть то, которое

[1]) Cout. de Charles VI, стр. 102 (изд. Charondas, 1597 г.): „Ez pays coutumiers, les coutumes qui sont contraires au droit écrit gâtent et détruisent le droit, et sont appelés haineux droit".

силой обычая страны противно писанному праву" [1]). Обычное право было, дѣйствительно, связано слишкомъ тѣсно со злоупотребленіями феодализма, чтобы не казаться *ненавистнымъ* поколѣнію едва вышедшему изъ крѣпостничества. Вотъ почему эти юристы занимаютъ у римлянъ и общее ученіе женской правоспособности. „Во многихъ областяхъ нашего права, говоритъ *Livr de justice*, положеніе женщины хуже, чѣмъ положеніе мужчины" [2]), ибо „женщина хрупка и не надѣлена, отъ своей природы, ни постоянствомъ, ни способностью различенія" [3]). И если эта мнимая нравственная слабость составляетъ для женщины источникъ нѣкоторыхъ привилегій, особенно въ уголовномъ правѣ [4]), то она же служитъ основаніемъ для многочисленныхъ ограниченій ея правоспособности. Наши юристы вооружаются, прежде всего, противъ феодальнаго обычая, разрѣшающаго женщинамъ отправленіе правосудія. Піерръ Фонтенъ переводитъ по своему одинъ законъ Юстиніана, приглашая женщинъ къ цѣломудрію и занятіямъ, свойственнымъ ихъ природѣ [5]). Бутиллье прибавляетъ, что женщина не можетъ быть ни адвокатомъ, ни представителемъ другого на судѣ: „ибо ей были совершенно запрещены какъ военныя, такъ и представительныя дѣйствія на основаніи примѣра Калпурніи, которая, хотя и была умна, какъ ни одна женщина, не знала, однако, себѣ мѣры и безцеремонно налетѣла на судью, когда этотъ послѣдній не согласился съ ея мнѣніемъ" [6]). Всѣ

---

[1]) Boutillier, стр. 3 (изд. Charondas, 1603 г.): „Droit haineux est le droit qui, par le moyen de la coutume du pays, est contraire au droit ecrit".

[2]) *Livre de justice*, стр. 55 (изд. Rapetti, 1850): „En meins leus dé nos droit, est peor la condicion as fames, que as homes".

[3]) Boutillier, II, 2, 6, 40: „...fresle chose est de femme, ne n'est garnie de sa propre nature. de constance et discretion.

[4]) Boutillier, II. 40: Item, doit la femme estre emprisonnée ne en fers ne en busche, ne de prison qui son corps puisse affoler ou blesser ou mémoire perdre, car fresles sont de nature".—Cout. de Charles VI, II, 17; *Livre de jostice*, стр. 282.

[5]) P. de Fontaine, XIX, 74: „Qu'il soviègne as femes de lor chastée et des oevres que nature lor atria, et des quels ele comanda qu'eles se tenissent; et jà soit ce qu 'eles soient de trés bone opinion et de haute, qu 'eles soient départies de tote compaignie de jugement".

[6]) Boutillier, I, 10; II, 2: „Car à elle est défendu du tout fait d armes et de procuration, pour la raison de Calphurnie, que, jà soit ce qu'elle fust

юристы этого времени говорятъ, какъ Бутиллье, и ссылаются на „примѣръ Калпурніи" [1]), какъ на единственное основаніе для неспособности женщины. Имъ было довольно встрѣтить этотъ примѣръ въ Пандектахъ, чтобы придать ему рѣшающее значеніе, и ни одинъ изъ этихъ юристовъ не подумалъ спросить себя, насколько справедливо и разумно поражать неспособностью цѣлый полъ изъ за безразсудства, которое позволила себѣ какая то неизвѣстная женщина двѣ тысячи лѣтъ тому назадъ.

Между мнимыми привиллегіями женщины наши юристы не могутъ никакъ забыть „права, которое называютъ—Веллейана; это—право, установленное для женщинъ и дѣвицъ императоромъ Веллейаномъ; оно подымаетъ ихъ положеніе въ процессѣ и доставляетъ имъ участіе въ наслѣдованіи имуществомъ мужа" [2]). Вслѣдъ за этимъ страннымъ историческимъ предисловіемъ, Бутиллье излагаетъ точнѣе, чѣмъ это можно было бы ожидать, основныя распоряженія сенатусъ-консульта. „Можно и должно знать, пишетъ онъ, что женщина не въ правѣ обязываться для другого, если не доказано что она имѣла въ томъ выгоду, или получила за то вознагражденіе, или прибѣгла къ какимъ либо изворотамъ для того, чтобы обмануть другого, или въ такихъ именно видахъ и добывала себѣ деньги, такъ какъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ ей не оказывается помощи, и законъ Веллейана остается безъ дѣйствія" [3]).

Но примѣненіе Веллейанова сенатусъ-консульта должно было представить совсѣмъ иныя затрудненія при законодательствѣ, которое проводило въ брачныхъ отношеніяхъ систему общности имуществъ. Можно ли было запрещать женѣ обязываться вмѣстѣ съ мужемъ и поручаться за него, когда всѣ ихъ интересы были общіе?

---

femme sage plus que nul autre, si ne sceust-elle avoir mesure, et courut au juge sans manière, parce qu'il appoincta contre son opinion".

[1]) *Livre de jostice*, стр. 103; cout. de Charles VI, стр. 298.

[2]) Boutillier, I, 98: „le droict que on dit Velleian: c'eit le droict que l'empereur Velleian fit pour le droi ct des dames ou demoiselles qui les relieve en leurs cas et en leurs causes et leur faict avoir droict de douaire".

[3]) Boutillier, II, 29: „Généralement peux et dois sçavoir que femme ne se peut obliger pour autre, si contre elle n'était prouvé qu'elle y eut profit, ou que ce fut fait par marché ou par subtil engin pour autre decevoir, ou que argent en print pour ce faire; car si ce y estoit, lors ne seroit secourue, ni ne lui vaudroit la loi de Velleian". *Livre de jostice*, стр. 273.

Бутиллье не обошелъ этого вопроса и склонялся, кажется, къ тому, чтобы признать дѣйствіе сенатусъ-консульта въ пользу жены, стоявшей даже въ имущественной общности со своимъ мужемъ, если она только отказалась отъ этой общности. „Мудрые обычаи,— говоритъ онъ, имѣя въ виду долги, заключенные сообща обоими супругами, состоящими въ такой общности,—хотятъ, чтобы жена имѣла возраженіе противъ этихъ долговъ, т.-е. не связывалась ими, такъ какъ она вступала въ эти долги изъ-за страха мужа, котораго не смѣла раздражать“ [1]).

Дѣйствительно, нѣкоторые старые сборники обычнаго права одновременно и принимали систему общности имуществъ супруговъ, и запрещали женѣ обязываться за мужа [2]). Напротивъ, другіе обычаи, и именно въ Бретани, позволяли женѣ интерцедировать въ пользу мужа, но запрещали ей это по отношенію къ посторонним лицамъ [3]); такова же, по всѣмъ видимостямъ, была и самая ранняя судебная практика въ Парижѣ [4]). Слѣдуетъ еще замѣтить, что принципъ общности имуществъ супруговъ былъ поколебленъ не однимъ сенатусъ-консультомъ Веллеяна. Уже въ XV вѣкѣ, если вѣрить сборнику обычнаго права, извѣстному подъ именемъ Grand Coutumier, запрещеніе дареній между супругами было принято судебной практикой, а доктрина неотчуждаемости приданаго, если и не торжествовала, то имѣла защитниковъ [5]).

Вотъ каково было къ концу среднихъ вѣковъ состояніе судебной практики и доктрины. Той и другой, какъ мы видимъ, недоставало увѣренности и согласованности. Всѣ матеріалы, имѣвшіе

---

[1]) Boutillier, I, 97 (стр. 551): „Encore veulent tenir aucuns usages et aucuns sages coustumiers, que la femme y aroit exception contre; c'est à dire que tenue n'y seroit; parce qu'elle l'auroit fait par la crainte de son mary, et que courroucer ne l'osoit“.

[2]) Cout. de Normandie, Saint-Quentin, Roye. См. выше стр. 382.

[3]) Très-ancienne coutume de Bretagne, 68, 328: „Femme ne se peut obliger pour autres, si ce n'est pour son père ou pour sa mere, ou pour son seigneur époux, ou pour ses enfants“.

[4]) Cout. de Charles VI, II, 17; cout. not. de Chatelet, 15; J. des Mares, *décis.*, 153.

[5]) Boutillier, II, 29 (стр. 822); cout. de Charles VI, II, 33: „Nota que inter virum et uxorem non valet conventio seu pactio facta... Nota, sec. cons. Parisiensem quod uxori in vita nihil donare possum *vel in morte legare*“.

войти въ современное право, были уже собраны, но представляли еще смутную массу. Для приведенія въ движеніе этой массы и построенія изъ нея зданія французскаго законодательства, нужно было еще пройти через великое умственное движеніе XVI в. и заручиться геніемъ Дюмулена.

Въ XVI ст. феодальные нравы и рыцарскія учрежденія изчезли безвозвратно, оставивъ свободное поле завоеваніямъ римскаго права. Никто не думалъ тогда требовать для знатныхъ женщинъ правъ судебной власти и сюзеренства; возвращеніе къ домашнему очагу казались необходимымъ, и ничто болѣе не противилось тому, чтобы подвергнуть и интерцессію женщины за постороннее лицо запрещенію сенатусъ-консульта Веллейна. Такимъ образомъ, этотъ сенатусъ-консультъ былъ принятъ безъ затрудненія въ земляхъ какъ „писаннаго", такъ и обычнаго права: „этотъ законъ, говорили юристы того времени, казался такъ хорошо изобрѣтеннымъ, что онъ принимался вездѣ и всѣми народами" [1]).

Но была почва, на которую римскій законъ не могъ получить такого легкаго доступа. Это было положеніе жены внутри ея дома и въ ея отношеніяхъ къ мужу. Здѣсь успѣхи писаннаго права должны были встрѣтить неодолимое препятствіе со стороны двухъ учрежденій,—такъ же чуждыхъ римскимъ правамъ, какъ и глубоко вкоренившихся въ наши національные нравы. Эти два учрежденія, тѣсно связанныя между собою—общность имуществъ супруговъ и *mundium* мужа.

Принципы общности имуществъ супруговъ по обычному праву стояли въ антагонизмѣ не только съ системой римскаго приданаго, но еще,—и на этомъ я особенно настаиваю,—и съ принципами сенатусъ-консульта Веллейана. Запрещая женщинѣ обязываться за постороннее лицо, сенатусъ-консультъ запрещалъ ей съ полнымъ основаніемъ обязываться и за мужа, такъ какъ, съ точки зрѣнія имущественныхъ интересовъ, мужъ у римлянъ былъ для жены постороннимъ лицомъ. Но если дѣло стояло такъ при системѣ приданаго, то оно принимало другой видъ при системѣ общности, когда интересы обоихъ супруговъ смѣшивались и отождествлялись. При дѣйствіи этой системѣ жена обязывалась не *за другого*, а *за себя* и въ своемъ собственномъ интересѣ, такъ какъ интересъ ея

---

[1]) Jean Papon, *Instruments des trois notaires*, кн. III (т. 1, стр. 241).

мужа былъ общій съ ея интересомъ и, слѣдовательно, опять ея интересъ: занятыя мужемъ деньги поступали въ общую кассу и принадлежали ему въ такой же мѣрѣ, какъ и женѣ. Правда, мужъ могъ употребить эти деньги на пользу не общаго, а своего отдѣльнаго имущества, и тогда жена связывалась обязательствомъ которое въ дѣйствительности было для чуждое, такъ какъ она не извлекала изъ него никакой выгоды. Но это не имѣло значенія для третьихъ лицъ, съ точки зрѣнія которыхъ мужъ, какъ представитель супружеской общности, считался всегда дѣйствующимъ въ интересѣ общаго хозяйства. Поэтому и кредиторъ могъ законно полагаться на обязательство жены, и даже сенатусъ-консультъ Веллейана не хотѣлъ того, чтобы этотъ кредиторъ былъ обманутъ въ своемъ законномъ ожиданіи.

Вотъ трудности, на которыя нападало примѣненіе сенатусъ-консульта къ систетѣ общности имуществъ супруговъ, и юристы XVI в. были далеки отъ единодушія при разрѣшеніи этихъ трудностей. Одни поддерживали интерцессію, другіе требовали для признанія ея дѣйствительною отреченія жены отъ участія въ супружеской общности имуществъ [1]). Одинъ Дюмуленъ сумѣлъ съ помощью счастливаго различія, имъ предложеннаго, примирить римскій принципъ съ германскимъ. Онъ сохранялъ за женой, состоявшей въ супружескомъ общеніи имуществъ и принимавшей на себя поручительство за мужа, льготу сенатусъ-консульта, но подъ двумя слѣдующими условіями: во-1), занятыя мужемъ деньги не должны были идти на пользу ни общаго имущества, ни личнаго имущества жены; во-2), кредиторъ въ моментъ отдачи денегъ взаймы долженъ былъ быть освѣдомленъ объ ихъ назначеніи [2]).

И разъ сенатусъ-консультъ Веллейана допускался въ примѣненіи къ супружеской общности имуществъ, эта послѣдняя открылась для дѣйствія всѣхъ римскихъ принциповъ, опредѣлявшихъ отношенія супруговъ между собою. Запрещеніе дареній между мужемъ и женой, уже принятое, какъ мы это видѣли, юриспруденціей XV стол., было распространено черезъ столѣтіе на всякаго рода выгоды, которыя супруги могли доставлять другъ другу, если бы даже эти выгоды проистекали для одного изъ нихъ косвенно

[1]) Ср. Charondas, *Réponses*, VIII, 14, и выше стр. 386.
[2]) *Sommaire du Traité des usures*, n. 162.

и изъ отношеній ихъ общей жизни. Соединивъ супруговъ въ товарищество, законъ запретилъ имъ вступать потомъ въ какой бы то ни было договоръ другъ съ другомъ [1]). Смѣшавъ и объединивъ ихъ интересы, онъ сталъ затѣмъ различать и отдѣлять эти интересы, и, благодаря сложной и тонкой системѣ обратныхъ полученій и вознагражденій, достигъ того, что примирилъ въ извѣстной мѣрѣ двѣ непримиримыя вещи: смѣшеніе двухъ имуществъ и цѣлостное сохраненіе каждаго изъ нихъ. Кромѣ того, общность имуществъ перестала считаться законной необходимостью и начала устанавливаться по договору, факультативно, при чемъ брачные договоры, заимствованные изъ римскаго права, часто измѣняли ея характеръ: то мужъ подчинялся закону о неотчуждаемости приданаго, то жена выговаривала себѣ свободное распоряженіе частью или даже всѣмъ своимъ имуществомъ [2]).

Всякое ограниченіе, налагавшееся на общность имуществъ супруговъ, наносило одновременно ударъ и власти мужа, такъ какъ въ нашемъ древнемъ обычномъ правѣ качества господина и сеньёра въ отношеніи къ общему имуществу были для мужа существенными элементами его власти. Поэтому оба учрежденія дѣлили одну и ту же участь, и власть мужа,—на что не обращалось до сихъ поръ достаточнаго вниманія,—не могла, подъ вліяніемъ писаннаго права, удержаться иначе, какъ цѣной глубокихъ измѣненій какъ въ своемъ характерѣ, такъ и въ дѣйствіи.

Mundium мужа въ нашемъ древнемъ обычномъ правѣ стояло независимо отъ римскихъ идей и было чуждо имъ; но извѣстное родство между *mundium* и римскими идеями, несомнѣнно, существовало. Романисты того времени слишкомъ вѣрили въ хрупкость и природную неспособность женщинъ, чтобы не обрадоваться учрежденію, которое ставило этихъ послѣднихъ подъ покровительство и власть опекуна и господина. Они и ухватились за *mundium*, чтобы сдѣлать изъ него родъ опеки по римскому образцу [3]). Власть мужа въ нашихъ сборникахъ обычнаго права

---

[1]) „Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt, nisi ex necessitate“. Demoulin, *ad. Cons. Parisiens.*, art. 256, n. 5.

[2]) Pasquier, *Inst. de Justinian*, II, 86 (изд. Charles Giraud, Paris, 1847).—E. de Laurière, *sur la Cout. de Paris*, т. II, стр. 222.

[3]) Такъ же поступали, съ своей стороны, и нѣмецкіе юристы. См. выше, стр. 271 и слѣд.

среднихъ вѣковъ составляла, какъ мы это уже показывали, скорѣе власть для мужа, нежели неспособность для жены. Жена сохраняла въ принципѣ свою способность и теряла только независимость [1]). Напротивъ, наши романисты XV в. сдѣлали изъ жены—малолѣтняго, а изъ согласія мужа на ея дѣйствія—*auctoritas tutoris*, даваемую, на ихъ языкѣ, *ad integrandam uxoris personam*[2]). Помощь мужа стала для жены правомъ и выгодой: если она дѣйствовала одна, то за ней не предполагалось достаточной воли, и она могла сама оспорить заключенный ею договоръ [3]). Утративъ, такимъ образомъ, свой первоначальный характеръ, власть мужа утратила и самыя важныя изъ своихъ послѣдствій. Если она устанавливалась только въ интересѣ женщины, то на какомъ основаніи мужъ могъ бы претендовать на пользованіе и господство надъ всѣмъ имуществомъ, состоявшимъ въ домашнемъ хозяйствѣ? Почему эта власть должна была бы сливать въ одно имущество интересы обоихъ супруговъ? Общность имуществъ супруговъ перестала считаться необходимымъ послѣдствіемъ власти мужа: она не имѣла болѣе иного источника, какъ брачный договоръ, который могъ ее ограничить и даже исключить [4]).

Эти новыя доктрины проводились не только въ книгахъ и въ школахъ; онѣ торжествовали и въ судебной практикѣ, и руководили большой работой по преобразованію нашего обычнаго права. Большинство сборниковъ этого преобразованнаго обычнаго права приняло въ себя всѣ отмѣчанныя выше нововведенія: факультативность общности имуществъ супруговъ, возстановленіе жены въ ея правахъ, если дѣйствія ея не покрыты разрѣшеніемъ мужа, запрещеніе всѣхъ выгодъ, могущихъ быть доставленными супругами другъ другу, и всякихъ договоровъ между ними [5]). А если сенатусъ-консультъ Веллейана упоминался лишь въ нѣкоторыхъ изъ этихъ сборниковъ, то онъ не менѣе того освящался судебной пра-

---

[1]) См. выше, стр. 357 и слѣд.

[2]) Chasseneuz, *in Cons: Burgund.*, tit. IV, art. I, vo *Contracts entre les vifs*; Pontanus, *in Cons. Blesens.* tit. I, art. 3.

[3]) Dumoulin, *ad. Cons. Parisiens.*, art. 114, n. 6; art. 115, René Chopin, *de Moribus Parisiens.*, l. II, t. 1 n. 19.

[4]) См. выше, стр. 389 прим. 2.

[5]) Cout. de Paris, art. 223, 224, 234;—Bourbonnais, 226;—Nivernais XXVII, 27;—Reims, 291,—Poitou, 209; Anjou, 310, etc...

ктикой всего королевства [1]). Но въ то время, какъ обычаи Сѣвера открывались все болѣе и болѣе для римскихъ идей, германскія начала тоже проникали, шагъ за шагомъ въ провинціи „писаннаго права“: всегда признаваемая власть мужа, система приданаго, почти вездѣ предполагаемая, всеобщая практика предпочтенія мужскихъ наслѣдниковъ и много еще другихъ учрежденій—показываютъ ясно, что и латинская Франція испытала на себѣ вліяніе германской Франціи. Такимъ образомъ, мѣстные законы сближались, различія между ними стирались, и вскорѣ ордонансы XVII в. двинутъ Францію ускореннымъ шагомъ на путь къ единству ея законодательства. Нѣкоторые изъ этихъ ордонансовъ имѣютъ спеціальное отношеніе къ нашему сенатусъ-консульту и заслуживаютъ на этомъ основаніи особаго разсмотрѣнія.

IV.

Всѣ провинціи Франціи, какъ на Сѣверѣ, такъ и на Югѣ, усвоивали себѣ съ одинаковымъ рвеніемъ Веллейановскій сенатусъ-консультъ; самые разнообразные и изолированнѣйшіе мѣстные законы сходились въ признаніи его дѣйствія; повсюду онъ казался „исполненнымъ мудрости закономъ, превосходнымъ средствомъ помочь слабости женщинъ“ [2]). Но такое безспорное господство сенатусъ-консульта было непродолжительно: едва истекло XVI столѣтіе, какъ этотъ сенатусъ-консультъ пересталъ быть общимъ правомъ королевства и сдѣлался мѣстнымъ закономъ отдѣльныхъ провинцій. Такимъ образомъ, судьба этого учрежденія во Франціи была та же, что и въ остальной Европѣ [3]). Начали со смягченія его строгости и разрѣшили женщинѣ отрекаться отъ выгодъ сенатусъ-консульта; потомъ это отреченіе обратилось въ стереотипную формулу, сопровождавшую всѣ акты, въ которыхъ участвовала женщина, и когда сенатусъ-консультъ выродился такимъ путемъ въ пустую формальность или, говоря языкомъ современниковъ, въ „смѣшную шикану“, юристы стали требовать его отмѣны,

---

[1]) Cout. de Poitou, 381:—Bretagne, 197; ср. Ponthieu, II, 48.

[2]) Jean Papon, *les Trois notaires, Instr. du premier notaire,* l. III, tit. *du Vell.* (т. I, стр. 241). Pierre Hévin, *Défense du droit civil,* въ его *Addit. aux arrêts de Frain* (т. II, стр. LXXVI, 3-е изд.).

[3]) См. выше, стр. 268, 295, 316.

и законодательство рѣшилось, наконецъ, освободить отъ него судебную практику.

Доктрина отреченія отъ Веллейановскаго сенатусъ-консульта, хотя она исповѣдывалась еще глоссой, проникала во Францію однако, медленно, и исторія ея успѣховъ могла бы составить любопытную главу изъ того, что по ту сторону Рейна называютъ „исторіей догмы" (Dogmengeschichte). Замѣчательно, что въ то время, какъ ученіе глоссаторовъ господствовало повсюду, и въ школахъ и на практикѣ, „распространялось, по выраженію одного глоссатора, на цѣлый міръ"[1]), только молодымъ юридическимъ школамъ во Франціи выпала честь протестовать противъ него во имя болѣе здоровой доктрины, называемой итальянскими юристами *„ультрамонтанской"*. Правда, что Плацентинъ, итальянецъ какъ по своимъ доктринамъ, такъ и по рожденію, и воспитанію, излагалъ въ Монпелье систему глоссы[2]). Но Jean de Ravanis[3]) изъ Лотарингіи, его ученикъ Pierre de Belleperche, преподававшій въ Орлеанѣ и ставшій впослѣдствіи канцлеромъ Франціи[4]), Guillaume de Cuneo, Jean Lefèvre, болѣе извѣстный подъ именемъ Jean Faber и пользовавшійся во Франціѣ авторитетомъ, равнымъ авторитету Балда или Бартола въ Италіи,—всѣ эти люди, теперь забытые, были въ вѣка невѣжества настоящими основателями нашего гражданскаго права, *conditores juris nostri*. Вотъ они-то и поднялись со всей силой, какая у нихъ была, противъ банальнаго ученія, разрѣшавшаго женщинамъ уклоняться посредствомъ отреченія отъ примѣненія къ нимъ закона[5]). Тѣмъ не менѣе,

---

[1]) Albericus de Rosciate, *ad. ult. Fr.*, § 4 D. ht.: Totus mundus hodie servat opinionem hujus glossae".

[2]) Bulgarus et Placentinus, *ad tit. D., de R. J., comment.*, Colon., 1587.— Плацентинъ умеръ въ Монпелье, въ 1192 г.

[3]) Цитированъ у Cinus *ad L. ult., C. ad. Sc. Vell.*—Ravanis умеръ епископомъ въ Вердюнѣ, въ 1296 г.

[4]) P. de Bellapertica, умеръ въ 1308 г.; цит. тоже у Cints, въ ук. м.

[5]) P. de Belleperche (Cinus, *ad Cod. Sc. Vell. ad. rubr*): „Quod si mulier renunciat in ipso contractu, non valet „renunciatio, et hoc dictat ratio; allias nulla est provisio Scti. Tautum erat olim ante Sctum fidejubere simpliciter, quantum hodie cum renuntiatione; sicut olim igitur inducebantur ad fidejubendum, sic inducerentur ad fidejubendum cum renunciatione, et sic tenerentur efficaciter, et sic nulla esset provisio Scti".—J. Faber, *Lectura sup. Instit., ad tit.* IV, 7: „Si mulier possit renunciare videtur quod frustra sunt

требованія жизни взяли верхъ надъ авторитетомъ докторовъ, и это отреченіе казалось такъ полезнымъ и часто необходимымъ, что практика его распространялась почти въ одно время и почти съ той же быстротой, какъ и практика самого сенатусъ-консульта. Объ этомъ свидѣтельствуютъ, начиная съ XIII стол., всѣ сборники грамотъ [1]), и условіе объ отреченіи отъ сенатусъ-консульта Веллейана входитъ въ формуляры нотаріусовъ.

Что бы ни говолилъ Пакье, это не „Гильомъ Дюранъ (Guill. Durantis), авторъ *Speculum judiciale*, кому должна быть приписана честь созданія этой теоріи“ [2]). Плацентинъ преподавалъ ее въ Монпелье на цѣлое столѣтіе раньше. Во всякомъ случаѣ, обычная проницательность Пакье не измѣняла ему, когда онъ искалъ изобрѣтателя условія объ отреченіи отъ сенатусъ-консульта среди канонистовъ. Канонисты, дѣйствительно, прибѣгали издавна къ присягѣ для того, чтобы покрывать ею всякого рода недѣйствительность и избѣгать этимъ путемъ всевозможныхъ запрещеній законовъ: благодаря присягѣ можно было отказываться отъ будущихъ наслѣдствъ, лишаться законной доли въ наслѣдствѣ, отчуждать „fundus dotalis“ и т. д. Какъ же было не прибѣгнуть къ этому удобному средству и для обхода такого стѣснительнаго закона, какъ сенатусъ-консультъ Веллейана? Поэтому мы и находимъ въ сборникѣ Декреталій одинъ текстъ, восходящій еще къ XII в. и формально признающій дѣйствительность поручительства, заключеннаго обоими супругами со скрѣпой присяги [3]). Подъ покровомъ этой декреталіи, женщина могла, исполнивъ формальность присяжнаго отреченія, вступить въ какое-угодно обязательство не только въ пользу посторонняго для нея лица, но даже въ пользу мужа. Вскорѣ же и присяга перестала быть необходимостью, такъ что менѣе, чѣмъ черезъ столѣтіе послѣ декреталіи

---

ista Scto introducta, quia semper mulier renunciabit“.—Duaren, *ad Dig*. ht. (т. II, стр. 150). Conan, l. VI, c. 8, etc.

[1]) См. выше, стр. 379.

[2]) Pasquier, *Recherches*, IX, 41.

[3]) Dekretal. Alex. III, tit 28, c. 8: „...Insuper, si dicti monachi fidem non servarent, abbas dedit eidem W. J. *et ejus uxorem* sponsores, qui similiter fidem praestitisse dicuntur. Si ita est, tam abbatem quam... W. et uxorem ejus studiose monere curetis, ut, sicut juraverunt, eamdem conventionem faciant adimpleri“.

папы Александра III, *Speculum* Дурантиса ограничивался уже требованіемъ одного формальнаго отреченія [1]).

Такова была юриспруденція къ концу XVI стол. Въ это время единственными провинціями, которыя, встрѣтивъ въ сенатусъ-консультѣ гарантію неотчуждаемости приданаго, остались вѣрными ему и примѣняли въ точности его распоряженія, были Овернь [2]), Лангедокъ [3]) и Нормандія [4]). Во всей остальной территоріи Франціи, даже въ земляхъ „писаннаго права" [5]), условіе объ отреченіи стало стереотипной формулой и дѣлало обманчивой всякую защиту закона. „Женщина отрекалась отъ своего права, говоритъ Пакье, такъ шумно, безцеремонно и съ такой легкостью, какъ бы она обязывалась, ни отъ чего не отрекаясь". Правда, что, для сохраненія за сенатусъ консультомъ хотя бы тѣни его полезнаго дѣйствія, судебная практика требовала отъ нотаріусовъ точнаго объясненія женщинамъ характера и послѣдствій тѣхъ привиллегій, отъ которыхъ онѣ отказывались[6]). „Но какъ было нотаріусамъ, замѣчаетъ Hévin[7]), объяснять то, чего они сами не понимали?" Поэтому требованія такого рода плодили лишь процессы и угрожали ежеминутно нотаріусамъ въ ихъ репутаціи и состояніи: формуляръ отреченія, говоритъ намъ Пакье, примѣнялся съ такой точностью и буквоѣдствомъ, что довольно было малѣйшаго отступленія отъ него или опущенія какого-нибудь слова, чтобы вызвать и осужденіе нотаріуса, и уничтоженіе сдѣлки [8]).

---

1) *Speculum*, lib. II, pars 2, *de renunc. et concl.*, n. 9, 10.

2) Masuer, XXIX, 12: „La femme qui s'oblige pour son mari, ne demeure aucunement obligée; mais, si c'etait pour un étranger, et qu'elle eût renoncé au Vellejan, duquel elle eût été certiorée, elle en seroit tenue pour le regard des biens paraphernaux et adventifs". Лучшие юристы провинцій обычнаго права Кокиль, какъ напр., (*sur Nivernais*. XXIII, 8), Дюмуленъ (*Traité des usures* n. 162), держались той же доктрины, что и Мазюеръ, но эта доктрина не перешла въ судебную практику.

3) Larocheflavin, liv. V, tit, II, arr. I; Catellan, liv. IV, ch. I (т. II, стр. 5).

4) Froland, *Mémoire sur le Sc. Velléian*, 1, 8.

5) Guy Pape, *Quest.*, 227.

6) Charondas, *Réponses*; II, 43, Filleau, *Recueil des édicts, arrêts etc...* т. II, стр. IV, qu. 53, 54.

7). См. выше, стр. 391.

8) Louet, *lettre V* (т. II, стр. 845), arrêt du 2 sept. 1595: Notaire condamné en vingt écus d'amende pour la faute qu'il avait faite de n'avoir

Безпорядокъ и злоупотребленія по этимъ дѣламъ достигли крайняго предѣла, когда одинъ публицистъ, забытый въ настоящее время, но составившій себѣ авторитетное имя въ вѣкъ, вовсе не бѣдный великими людьми, Жакъ Лешасье, написалъ противъ сенатусъ-консульта или, вѣрнѣе, противъ той негодной практики, которая исказила его примѣненіе, жестокую филиппику. Въ этой филиппикѣ можно видѣть выраженіе общественнаго мнѣнія того времени, и она заканчивалась слѣдующими словами: „Пользованіе этимъ отреченіемъ, противнымъ праву, вошло у насъ въ обычай, въ стиль нотаріусовъ и, отмѣнивъ Веллейана, превратилось въ западню, поставленную человѣческой простотѣ, когда кто-нибудь договаривался съ женщиной, а нотаріусъ по злонамѣренности или невѣжеству упускалъ упомянуть объ этомъ отреченіи. И несмотря на то, что такое отреченіе не имѣетъ никакого значенія и вовсе не вліяетъ на умъ женщины, обязательства, не заключающія въ себѣ этого отреченія, объявляются ничтожными. Не значитъ ли это переносить смыслъ закона въ его букву, и не лучше ли было бы отмѣнить совсѣмъ эту формальность, какъ вырываютъ изъ поля дурную траву“ [1])?

Если вѣрить анонимному издателю Лешасье, „сочиненіе его было написано такъ хорошо, что король отмѣнилъ окончательно этотъ скверный обычай—не безъ того, чтобы не оказать большой чести нашему автору, который указалъ съ такой точностью и справедливостью на злоупотребленія, вкравшіяся въ эту часть французской практики“ [2]). И дѣйствительно, черезъ нѣсколько лѣтъ по появленіи трактата Лешасье, Генрихъ IV августовскимъ эдиктомъ 1606 г. запрещалъ всѣмъ нотаріусамъ и писцамъ королевства подъ угрозой отставленія ихъ отъ должности и штрафа, предоставленнаго усмотрѣнію суда, вносить въ совершаемые ими договоры какія бы то ни были отреченія отъ Веллейана или другихъ привиллегій пола, и предписывалъ въ то же время, чтобы всѣ „договоры, подписываемые женщинами, имѣли то же дѣйствіе и значеніе, какъ если бы всѣ эти отреченія точно и должнымъ образомъ

---

pas donné à entendre le bénéfice de Velleien“. — Item, arrêt du 29 juill. 1596, etc.

[1]) *Observation de la renonciation au Velléian*, Paris, отпечатано вновь въ *Oevres* de Leschassier, Paris, 1649.

[2]) Предисловіе къ изданію 1649 г., стр. 4.

были въ нихъ означены“ [1]). Это значило просто, хотя и обходнымъ путемъ, отмѣнить самый сенатусъ-консультъ Веллейана.

Впечатлѣніе, произведенное этимъ эдиктомъ, было различно. Если многіе рукоплескали отмѣнѣ того, что Антуанъ Морнакъ называлъ *inanis Veleiani formula*, то другіе увидѣли въ этомъ только „изобрѣтеніе, достойное женщины и вѣка, болѣе расслабленнаго (efféminé), чѣмъ вѣкъ римлянъ“ [2]). „Теперь восклицалъ нѣсколько позднѣе Hévin [3]), женщины предоставлены безпомощно всякаго рода подговорамъ къ вступленію въ обязательства! Ихъ власть распоряжаться своимъ имуществомъ превосходитъ ту же власть мужчинъ, такъ какъ, по крайней мѣрѣ, треть отцовскаго имущества обезпечена на основаніи многихъ сборниковъ обычнаго права отъ расточительности отцовъ правомъ въ этомъ имуществѣ ихъ женъ; но матери свободны обязываться всѣмъ, терять все, не оставляя дѣтямъ ничего, кромѣ нищеты. Можетъ-быть, примѣръ не одной разоренной семьи заставитъ законодателя прійти на помощь этому безпорядку“.

Но у эдикта 1606 г. нашлись и болѣе страшные противники, чѣмъ юристы. Это были парламенты, которые въ Руанѣ, Реннѣ, Бордо, По, Тулузѣ, Э и Гренроблѣ отказались его зарегистрировать; даже провинція Овернь, зависѣвшая частью отъ Парижскаго парламента, продолжала держаться старой практики [4]). Ордонансъ 1606 г. не распространялъ своей силы и на Фландрію, Эльзасъ и Франшъ-Контэ, такъ какъ присоединеніе этихъ провинцій къ Франціи совершилось позднѣе. Область примѣненія настоящаго ордонанса ограничивалась собственно центральными провинціями, тогда какъ пограничныя провинціи на востокѣ, сѣверѣ, сѣверозападѣ и югѣ оставались вѣрными прежней судебной практикѣ.

Между этими послѣдними провинціями были, однако, и такія,

---

[1]) Recueil de Néron et Girard, т. II, стр. 722.

[2]) D'Espesses, *Mémoire de plusieurs choses considérables advenues en France depuis, 1607*, etc..., Paris, 1634, fol. 49.

[3]) См. стр. 392 прим. 2.

[4]) Но эдиктъ былъ принятъ во другихъ земляхъ „писаннаго права“ Парижскаго парламента, въ провинціяхъ Ліонэ и Маконэ (см. ниже), равно какъ и въ земляхъ писаннаго права Дижонскаго парламента, а именно— въ Брессѣ, Бюгей, Валромей и Жексѣ. Collet, *sur le Stat. de Bresse*, l. v, sect. 2, rem. 4 (т. II, стр. 177).

которыя присоединились потомъ къ общему праву и подчинились эдикту Генриха IV. Два ордонанса Людовика XIV, 1683 и 1704 гг., подтвердили этотъ эдиктъ для Бретани и графства Бургундскаго. Болѣе того: Людовикъ XIV не ограничился распространеніемъ эдикта 1606 г. на новыя провинціи, а ввелъ еще своими патентными грамотами (lettres patentes) 1664 г. примѣненіе его и на новые предметы. Но чтобы понять смыслъ и значеніе этихъ грамотъ, необходимо нѣсколько предварительныхъ объясненій.

Изъ предшествующаго изложенія можно было замѣтить, что провинціи, оставшіяся, несмотря на ордонансы, вѣрными сенатусъ-консульту Веллейана, были тѣ, которыя признавали въ то же время и законъ о неотчуждаемости приданаго. На тѣсную связь, соединявшую тотъ и другой принципъ, мною уже указывалось. Между же провинціями, подчинившимися эдикту 1606 г., находились и такія, которыя соблюдали еще римскій законъ Юлія (Lex Julia) и представляемый имъ принципъ неотчуждаемости приданаго; то были нѣкоторыя зависимыя отъ Парижскаго парламента земли „писаннаго права“ провинціи Ліонэ, Маконэ, Божолэ и Форэ. Въ этихъ провинціяхъ возникалъ неизбѣжно вопросъ, отмѣнялся ли эдиктомъ Генриха IV, вмѣстѣ съ сенатусъ-консультомъ Веллейана, и законъ Юлія, или нѣтъ? Слишкомъ общія выраженія эдикта говорили, казалось, до извѣстной степени, за утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ; но это было чистое недоразумѣніе. Мы читаемъ еще у Henrys слѣдующее вѣрное разсужденіе: „Необходимо различать между сенатусъ-консультомъ Веллейана и закономъ Юлія. Первый устанавливалъ личную привиллегію, женщинъ; поэтому женщины и могли отказываться отъ него. Второй, хотя введенный въ ихъ же интересѣ, производилъ реальную привиллегію и касался скорѣе имущества, чѣмъ женщины, ограничивая при этомъ свое дѣйствіе однимъ приданымъ. Вотъ почему женщина, обязываясь для другого, могла отказаться отъ Веллейана, но не могла отказаться отъ закона Юлія“ [1]). Слѣдовательно, отреченія отъ пользованія этимъ послѣднимъ закономъ не могли быть уничтожены эдиктомъ Генриха IV уже потому, что они никогда не имѣли силы. Тѣмъ не менѣе, неотчуждаемость приданаго стѣсняла оборотъ и, кромѣ того, всегда могла быть обойдена интерцес-

[1]) Henrys, liv. IV, qu. 141 (т. II. стр. 771 и слѣд.).

сіей женщины. По этимъ мотивамъ судьи Ліона, Монбризона, Вилафранки и Макона ходатайствовали передъ парламентомъ объ измѣненіи старой практики, и Людовикъ XIV разрѣшилъ затрудненіе своими грамотами 1664 г. Эти грамоты мотивированы интересами торговли, „которая процвѣтаетъ въ нашемъ городѣ Ліонѣ и приноситъ благоденствіе нашему королевству", и „интерпретируя, насколько это нужно", эдиктъ 1606 г., онѣ предписываютъ, что бы „всѣ обязательства, прежде заключенныя, и имѣющія быть заключенными въ будущемъ, безъ принужденія и насилія, замужними женщинами въ нашемъ городѣ Ліонѣ, въ провинціи Ліонэ и т. д., признавались дѣйствительными, и что бы поэтому женщины могли въ прошломъ и въ будущемъ обязываться своимъ приданымъ и отдѣльнымъ имуществомъ, движимостью и недвижимостью, не принимая во вниманіе опредѣленій закона Юлія, который мы отмѣнили и отмѣняемъ во всемъ, что касается настоящаго предмета".

Въ результатѣ длиннаго ряда ордонансовъ, передъ которыми древнія римскія учрежденія теряли все болѣе и болѣе почвы подъ собою, единственными судами, примѣнявшими еще въ XVIII в. сенатусъ-консультъ Веллейана, остались: парламентъ въ Парижѣ для графства Еu и провинціи Оверль [1]), парламентъ въ Нормандіи, совѣтъ въ Кольмарѣ, парламенты въ Греноблѣ, Э, Бордо, Тулузѣ, По, и верховный совѣтъ въ Перпиньянѣ. Кромѣ того, примѣненіе сенатусъ-консульта въ различныхъ парламентахъ было далеко не однообразно: можетъ ли женщина и, если можетъ, то какимъ образомъ, отказаться отъ своей привиллегіи: недѣйствительна ли интерцессія женщины сама по себѣ, *ipso jure*, или только по ссылкѣ заинтересованнаго лица на эту недѣйствительность, *ope exceptionis*; въ какой срокъ можно требовать объявленія этой недѣйствительности; въ какихъ случаяхъ и въ отношеніи какихъ лицъ женщина допускается, въ видѣ исключенія, къ интерцессіи,—всѣ эти вопросы и многіе другіе получали почти столько же различныхъ рѣшеній, сколько было судовъ, призванныхъ къ ихъ разрѣшенію. Съ наибольшей строгостью примѣняли сенатусъ - консультъ парламенты въ Руанѣ и въ Тулузѣ: они не допускали отреченій, составлявшихъ

---

[1]) Здѣсь не всѣ авторы согласны между собою. См. за примѣненіе сенатусъ-консульта Bretonnier, sur Henrys, l. 1.; contra—Roussilhe, de la dot, ch. XV, sect. I, § 2.

для другихъ парламентовъ общее правило, и считали интерцессію недѣйствительной въ принципѣ т. е. *ipso jure* [1]).

Всѣ эти различія должны были исчезнуть передъ единымъ закономъ, который далъ Франціи Наполеонъ. Въ моментъ составленія гражданскаго кодекса, сенатусъ-консультъ Веллейана былъ у насъ уже мѣстнымъ закономъ, нарушавшимъ общее право. Сдѣлать пользованіе имъ факультативнымъ, т.-е. предоставить его усмотрѣнію заинтересованыхъ сторонъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи системы приданаго, не было возможности, такъ какъ дѣло идетъ здѣсь о правоспособности, которая не можетъ слѣдовать произволу частныхъ соглашеній. Нужно было поэтому уничтожить сенатусъ-консультъ, и ни одинъ голосъ не поднялся въ его защиту [2]). 17 февраля 1804 г., когда вступила въ силу ст. 1123 Гражданскаго Кодекса [3]), сенатусъ-консультъ Веллейана исчезъ изъ французскаго законодательства.

---

[1]) См. судебную практику парламентовъ въ отношеніи сенатусъ-консульта Веллейана: — для Тулузы — Larocheflavin, l. V, tit. II, arr. 1; d'Olivo, l. IV, c. 13, 29, l. III, c. 24; Catellan, l. IV, c. 16, 49; l. V, c. 16; d'Espeisses, p. II, tit. II, sect. 1. — Для Бордо: Automne, *in Pand.*, *Sc.-Vell.*; Lapeyrère, lettre D, n. 118; lettre R, n. 49; Salviat, v° *Dot*, v° *Velléian*.—Для Э: Du Périer, l. I, c. 3; l. IV, c. 12, 22; Boniface t.. IV, l. VI. tit. 1, c. 8; tit. X, c. 7; Jullien, *Comment. sur les statuts*, t. II, p. 577.—Для Греноблям: Guy Pape, qu. 227; Expilly, *plaid.* 18; Arr. rem. ch. CXXIII, CXLVIII; Basset, t. I, l. IV, tit. IX, ch. 2, 4.—Для Руана: Froland, *Mémoire sur le Vell.*, I, 8.

[2]) Единственный ораторъ, выразившій при обсужденіи нашего гражданскаго кодекса нѣсколько сожалѣній по поводу отмѣны сенатусъ-консульта, былъ трибунъ Carion-Nisas. „Вчера еще говорилъ онъ въ засѣданіи трибуната 19 плювіоза XII-го года, я слышалъ, какъ одинъ уважаемый человѣкъ, депутатъ города Ліона, сожалѣлъ о времени, когда его городъ управлялся этимъ сенатусъ-консультомъ, опредѣленія котораго такъ охранительны для семьи".

[3]) Рѣшенія 2 дек. 1805 г., 27 авг. 1810 г. Эти рѣшенія приведены у Robert, *Jurisprudence sur la capacité des femmes avant et depuis la loi du 17 niv. an* II, Paris, 1813, стр. 36, 518 и слѣд..

ГЛАВА III.

Женщина при дѣйствіи Кодекса

I.

Равенство половъ есть основной принципъ нашего современнаго права. Это равенство прекращается, правда, въ супружескихъ отношеніяхъ, такъ какъ, вступая въ брачныя узы, женщина отчуждаетъ часть своихъ правъ и подчиняется, какъ бы, временной неспособности. Но эта неспособность, если она только заслуживаетъ это имя, не присуща полу; она имѣетъ свое основаніе не въ физической или нравственной природѣ женщины, а во власти мужа, т.-е. въ фактѣ, для нея внѣшнемъ и случайномъ. Разсматриваемая въ себѣ, „de par soi", какъ выражались наши старые юристы, и мы должны разсматривать ее прежде всего именно такъ,—женщина передъ гражданскимъ закономъ теперь почти во всемъ равна мужчинѣ.

Этотъ принципъ, который кажется намъ въ настоящее время неоспоримой аксіомой разума и справедливости, представляетъ собою не менѣе того недавнее завоеваніе соціальнаго прогресса, и честь перваго провозглашенія его принадлежитъ кодексамъ, получившимъ начало въ первую французскую революцію. Еще въ наши дни, озираясь вокругъ дѣйствующихъ законодательствъ, мы находимъ въ самыхъ либеральныхъ и справедливыхъ гражданскихъ законахъ поразительные остатки неравенства половъ: на Сѣверѣ, это—постоянная опека надъ женщиной, наслѣдіе древне-германскаго варварства [1]); на Югѣ это—неспособность женщины обязываться для другого, обрубокъ древне-римскаго паганизма [2]). Даже тѣ законодательства, которыя отвергли эти устарѣлыя положенія и предприняли гражданское освобожденіе женщины, оставили это дѣло по большей части неоконченнымъ: давъ женщинѣ независимость и гражданскую *способность*, они отказали ей въ томъ,

---

[1]) Скандинавскіе законы (см. выше, стр. 221 и слѣд.) и нѣкоторые германскіе (см. выше, стр. 271).

[2]) Напр., въ Испаніи (см. выше, стр. 306 и слѣд.), до послѣдняго времени въ Италіи (см. выше, стр. 296).

что составляетъ необходимое условіе независимости, это — матеріальный достатокъ. Почти во всей современной Европѣ, законы о наслѣдствѣ имѣютъ цѣлью концентрировать имущество въ рукахъ мужскихъ наслѣдниковъ. Самые противоположные по духу и стремленіямъ кодексы представляютъ въ этомъ отношеніи удивительное согласіе: въ папскихъ владѣніяхъ, какъ и въ протестантской Англія, сынъ исключаетъ при наслѣдованіи дочь, братъ—сестру; опредѣленіе кодекса Модены, недавно еще ограничивавшее наслѣдственную долю женщины половиной того, что достается мужчинѣ, повторяется равнымъ образомъ въ турецкомъ законѣ и въ различныхъ скандинавскихъ кодексахъ; въ Россіи дочь имѣетъ лишь $^1/_8$ въ движимомъ и $^1/_{14}$ въ недвижимомъ имуществѣ [1]); въ другихъ странахъ она наслѣдуетъ въ одномъ движимомъ имуществѣ, или ограничена только долей въ пользованіи [2]); наконецъ, даже тамъ, гдѣ законы не исключаютъ ее прямо, они дѣлаютъ возможнымъ это исключеніе и благопріятствуютъ ему, разрѣшая установленіе неограниченныхъ майоратовъ и отреченіе дочерей, получающихъ приданое, отъ всякаго будущаго наслѣдованія [3]).

Въ томъ же родѣ были наканунѣ Революціи и принципы французскаго права: если мѣстные статуты не вездѣ формулировали привиллегіи въ пользу наслѣдниковъ мужского пола, то обычай дополнялъ въ этихъ случаяхъ законъ и вводилъ субституціи и предварительное отреченіе дочерей отъ ихъ наслѣдственныхъ правъ. Всѣ виды свободы сродны, и то же законодательное собраніе, которое провозгласило права человѣка и уничтожило феодальныя привиллегіи, должно было положить конецъ и семейной зависимости, тяготѣвшей до того надъ обездоленной женщиной. Законъ 8 и 15 апрѣля 1791 г. устранилъ однимъ ударомъ особыя права старшаго сына и мужскихъ наслѣдниковъ, обезпечивъ за всѣми дѣтьми равныя права въ семьѣ. Конвентъ закономъ 17 нивоза II года Республики и Наполеонъ своимъ кодексомъ подтвердили и дополнили дѣло Учредительнаго Собранія. Но нашъ гражданскій кодексъ не ограничился уравненіемъ наслѣдственныхъ правъ обоихъ половъ: для того, чтобы вѣрнѣе обезпечить права женщины, онъ уни-

---

[1]) A. de Saint-Joseph, *Concordance*, т. III, стр. 354. (Св. Зак., X, 949).
[2]) Ibid., т. III, стр. 468; т. IV, стр. 533.
[3]) Ibid., т. II, стр. 72 75, 80.

чтожилъ практику отреченій отъ будущихъ наслѣдствъ [1]) и запретилъ всѣ субституціи, которыя могли бы повести къ возстановленію между дѣтьми различій пола и возраста прежнихъ законовъ [2])

Могъ ли теперь французскій законъ, признавъ за женщиной ея законную долю въ наслѣдственномъ имуществѣ, отказать ей въ правѣ пользованія и свободнаго распоряженія этой долей? Если бы онъ сдѣлалъ это, то онъ погрѣшилъ бы противъ логики и предусмотрительности, такъ какъ это значило бы осудить на неподвижность цѣлую половину народнаго имущества Вотъ почему способность къ заключенію договоровъ такъ же равна по нашему новому закону для обоихъ половъ, какъ и способность къ наслѣдованію [3]). Такимъ образомъ, если оставить въ сторонѣ исключеніе, составляющее послѣдствіе власти мужа,—о немъ рѣчь будетъ ниже,—то можно сказать, что женщина, при дѣйствіи нашихъ новыхъ кодексовъ, пользуется той же гражданской способностью, что и мужчина. Она можетъ вести торговлю, быть, вопреки старому запрещенію римскаго права, банкиромъ [4]), являться въ суды, въ качествѣ какъ свидѣтеля, такъ и стороны, и, въ случаѣ надобности, излагать здѣсь лично свое дѣло. Напрасно еще въ наше время нѣкоторые запоздалые юристы повторяютъ, слѣдуя римскому праву, что „несогласно съ добрыми правами позволять женщинѣ мѣшаться въ собранія мужчинъ и показываться въ публичныхъ мѣстахъ“. Гдѣ, за исключеніемъ развѣ Турціи, этотъ старый принципъ языческой древности можетъ имѣть теперь серьёзное значеніе? Въ сферѣ гражданскихъ отношеній не существуютъ болѣе ни *virilia officia*, ни эдикта *de postulando*, запрещавшаго женщинамъ выступать на судѣ, въ качествѣ уполномоченныхъ, ни сенатусъ-консульта Веллейана, не дозволявшаго имъ обязываться для другихъ.

Изъ всѣхъ опредѣленій стараго права, налагавшихъ на женщину, подъ специальными названіями бенефицій и привиллегій, настоящія ограниченія правоспособности, осталось одно, которое перешло въ наши современные законы: это — освобожденіе жен-

---

[1]) Art. 791, 1389.

[2]) Art. 1050. Ср. законы о субституціяхъ и майоратахъ 17 мая 1826, 12 мая 1835, 7—11 мая 1849 гг.

[3]) Art. 388, 488.

[4]) Она можетъ быть назначена и синдикомъ при несостоятельности *Renouard, Traité des faillites* т. I, стр. 438.

щины, не ведущей торговли, отъ личнаго задержанія за долги. „Женщина хрупка,—говорили наши древніе авторы,—и поэтому законъ не разрѣшаетъ мучить ее тюрьмой по гражданскимъ дѣламъ" [1]). Вѣрные этой традиціи, законъ VI года Республики и гражданскій кодексъ не допускаютъ личнаго задержанія за долги стариковъ, мололѣтнихъ и женщинъ иначе, какъ въ случаяхъ обмана [2]). Но отдавая честь гуманности нашего законодателя, который хочетъ защитить женщину, мы должны замѣтить, что никакія охранительныя мѣры закона, даже самаго бдительнаго, не стóятъ независимости, и никакія привиллегіи, даже самыя дорогія, не стóятъ равенства. Легко понять, что, желая предохранить женщину отъ строгости тюремнаго заключенія за долги, законъ лишаетъ ее личнаго кредита и, ослабляя силу ея обязательствъ, наноситъ настоящій ударъ ея способности къ вступленію въ обязательства. Освобожденная отъ личнаго задержанія, женщина не можетъ ни отчитываться въ общественныхъ деньгахъ, ни поручаться за лицъ, отчитывающихся въ нихъ. Она не можетъ обязываться и по векселю: подписанный ею вексель имѣетъ въ отношеніи къ ней силу простого обязательства [3]). Законъ 1832 г. распространилъ личное задержаніе за долги на всѣхъ лицъ, обязанныхъ отчетностью, и на ихъ поручителей, безъ различія пола [4]), устранивъ этимъ первое изъ указанныхъ сейчасъ ограниченій женской правоспособности. Второе ограниченіе еще удерживается, но уже теперь можно предвидѣть его близкій конецъ. Не отмѣняя этого ограниченія, одинъ изъ новыхъ законопроектовъ приготовляетъ его отмѣну тѣмъ, что устраняетъ принципъ, служившій ему основаніемъ: онъ уничтожаетъ личное задержаніе за долги, послѣ чего подписаніе векселя не можетъ уже сопровождаться такими послѣдствіями, которыя выходили бы за нормальные предѣлы правоспособности женщины. Нельзя поэтому не надѣяться, что вскорѣ и этотъ послѣдній остатокъ гражданскаго неравенства между полами исчезнетъ изъ нашихъ законовъ [5])

---

1) Bontillier, II, 6, 40; Coutumier de Charles VI, II, 17; Masuer, XXX, 1; Ordonn. de 1667, tit. XXXIV, art. 8.

2) Законъ 15 germinal VI-го года, tit. I, art. 5; Code civ., art. 2066.

3) Code de commerce, art. 113.

4) Законъ 17 апрѣля 1832 г., art. 8—12.

5) *) См. законъ 22 іюля 1867 г. о личномъ задержаніи за долги.

Но женщина обладаетъ не только правами по имуществу: новый законъ даетъ ей еще то, въ чемъ ей постоянно отказывало римское право: это—права власти. Освященная въ первый разъ въ древнемъ законодательствѣ вліяніемъ христіанства, материнская власть не переставала съ тѣхъ поръ развиваться и рости: она подымалась шагъ за шагомъ почти до уровня отцовской власти. Безъ сомнѣнія, материнская власть уступаетъ отцовской, если та и другая конкурируютъ: этого требуетъ принципъ главенства мужа въ семьѣ. Но если мать свободна отъ власти мужа,—и мы разсматриваемъ ее теперь именно въ этомъ положеніи,—если она стала вдовой или матерью внѣ брака,—законъ надѣляетъ ее всей полнотой домашней власти и передаетъ ей почти безъ ограниченій всѣ прерогативы этой власти.

Вдова имѣетъ въ отношеніи своихъ законныхъ дѣтей всѣ права надзора, воспитанія и удержанія ихъ при себѣ; она можетъ воспротивиться ихъ браку и дать имъ по своему завѣщанію опекуна; она имѣетъ и пользованіе въ ихъ имуществѣ и можетъ, наконецъ, примѣнять къ дѣтямъ мѣры, направленныя на ихъ исправленіе [1]). Однако, по этому послѣднему пункту новый законъ устанавливаетъ между отцомъ и матерью различіе, которое выдаетъ еще традиціонную идею неравенства половъ. „Мать—говоритъ одинъ изъ послѣднихъ и наиболѣе авторитетныхъ комментаторовъ нашего кодекса [2])—слабѣе, чѣмъ отецъ, доступнѣе посторроннимъ вліяніямъ, болѣе склонна тревожиться и поддаваться необдуманнымъ рѣшеніямъ. Поэтому ее нужно защитить противъ нея самой, противъ ея собственныхъ увлеченій, и защитить также въ сердцѣ ея дѣтей противъ всего, что могло бы имѣть видъ поспѣшности и несправедливости". На этомъ основаніи законъ, предоставляя матери право исправленія дѣтей, считаетъ необходимымъ подвергнуть отправленіе этого права двумъ существеннымъ ограниченіямъ: во 1), мать прибѣгаетъ въ этихъ случаяхъ къ содѣйствію двухъ ближайшихъ родственниковъ отца; во 2), она дѣйствуетъ, обращаясь въ судъ, а не собственной властью [3]).

---

[1]) Art. 148, 149, 481, 386, 397.

[2]) Demolombe, т. VI, стр. 262.

[3]) Предсѣдатель суда не можетъ, во всякомъ случаѣ, отказать матери въ приказѣ о заарестованіи ея дѣтей, если дѣло идетъ не о заключеніи ихъ въ тюрьму, а о возвращеніи въ родительскій домъ, такъ какъ, если мать

Свободное отправленіе материнской власти предоставляется и такой матери, которая не была никогда супругой. Даже въ томъ случаѣ, если отецъ и мать признаютъ своихъ дѣтей, или живутъ вмѣстѣ, какъ люди, какъ бы состоящіе въ бракѣ, они не менѣе того остаются, въ глазахъ закона, независимыми и, слѣдовательно, равными въ отношеніи другъ къ другу: при отсутствіи власти мужа, власть матери и отца надъ ихъ общими дѣтьми отправляется совмѣстно и на почвѣ полнаго равенства. Такова, повидимому, современная доктрина и практика: въ виду молчанія закона, та и другая находятъ возможнымъ предоставить разрѣшеніе всѣхъ конфликтовъ власти между незаконными родителями свободному усмотрѣнію судовъ. Суды же примѣняютъ здѣсь то самое правило, которому они слѣдовали издавна въ спорахъ между разведенными супругами: они даютъ преимущество то правамъ матери, то правамъ отца, смотря „по наибольшей выгодѣ дѣтей“ [1]). Такимъ образомъ, права вдовы и незаконной матери опредѣляются теперь однимъ и тѣмъ же принципомъ,—принципомъ равенства половъ родителей. Но какъ въ отношеніи незаконной матери, такъ и въ отношеніи вдовы, этотъ принципъ терпитъ одно важное исключеніе. Спеціальное опредѣленіе кодекса устанавливаетъ въ пользу незаконнаго отца такое преимущество, которое, не имѣя своего основанія во власти мужа, не можетъ быть объяснено иначе, какъ тѣмъ, что Демоломбъ называетъ „превосходствомъ пола“ [2]): въ случаѣ брака незаконныхъ дѣтей, согласіе отца беретъ верхъ надъ несогласіемъ на него матери. Хотя приведенное сейчасъ распоряженіе носитъ частный и спеціальный характеръ, суды постоянно и не безъ основанія руководствуются духомъ, которомъ оно было продиктовано, и по всѣмъ дѣламъ о воспитаніи и удержаніи незаконныхъ дѣтей они склоняютъ чашу вѣсовъ на сторону отца, если этимъ не задѣваются интересы дѣтей.

Отправляя материнскую власть, женщина должна бы, казалось, имѣть способность отправлять свободно, т. е. быть избираемой на отправленіе и другой, менѣе широкой домашней власти, власти

не располагаетъ полнотой права исправленія своихъ дѣтей, то она располагаетъ, полнотой права удержанія ихъ при себѣ.

[1]) Art. 302.—Bruxelles, 23 déc. 1830, Dev. 31, 2, 57.

[2]) Tit. VI, n. 629.

опекуна. Но законъ распоряжается иначе и разрѣшаетъ опеку только матери и ея восходящимъ [1]), и даже, предоставляя имъ это право, считаетъ нужнымъ оживить для нихъ, если можно такъ выразиться, власть покойнаго, какъ бы для руководства и контроля надъ ихъ управленіемъ опекой [2]). Это объясняется тѣмъ, что мы находимся здѣсь на границѣ правоспособности женщины: право опеки стоитъ какъ бы между областью гражданскихъ правъ, признанныхъ за женщиной, и областью цивическихъ и политическихъ правъ, въ которыхъ ей отказано. Этой демаркаціонной линіей между обѣими областями опредѣляются и правоспособность женщинъ, и предѣлы этой правоспособности. Но провести такую демаркаціонную линію, къ несчастью, нелегко. Древнія законодательства включали въ публичныя права, закрытыя для женщинъ, извѣстное число и чисто гражданскихъ, по ихъ природѣ, правъ, которыя онѣ также запрещали женщинамъ. Это были такъ наз. *virilia officia* [3]), отправленіе которыхъ вовлекало бы женщину, если не въ публичную, то, по крайней мѣрѣ, во внѣшнюю жизнь и заставляло бы ее выйти изъ тѣхъ гинекеевъ и атріумовъ, къ которымъ она была привязана античными нравами. Хотя наши нравы никогда не походили въ этемъ отношеніи на античные, наши старые юристы, готовые передѣлать все общество на римскій ладъ, оставались постоянно вѣрными доктринѣ Пандектъ и вписали въ наши сборники обычнаго права древнее правило: „Женщина должна хранить домъ, очагъ и дѣтей“ [4]). Далеко не устраняя и не ограничивая римскихъ запрещеній, они старались, напротивъ, ихъ распространить: не довольствуясь воспрещеніемъ женщинѣ „во имя чести пола и сдержанности, какую она должна блюсти“ [5]) поручительства, дѣйствій банкира, посредника, представителя, они дошли даже до того, что отвергли ихъ свидѣтельство на судѣ. Напрасно наши короли уже въ средніе вѣка осуждали эту практику, „вред-

---

[1]) Art. 442, § 53.—Жена можетъ быть также назначена опекуномъ надъ своимъ мужемъ, объявленнымъ расточителемъ. Art. 507.

[2]) Art. 391 и слѣд.

[3]) См. выше, стр. 148 и слѣд.

[4]) Très-ancienne coutume de Bretagne, art. 313: „Femme si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants“.

[5]) Jean Papon, *Instrument des trois notaires*, т. I, tit. 3, *du Velleien.*

ную и противную здравому смыслу“ [1]); еще въ 1686 г., во времена M-e de Sévigné и M-e de Lafayette, какъ на это уже тонко указывалось [2]), нашелся юристъ, утверждавшій, что свидѣтельство трехъ женщинъ не имѣетъ больше силы, чѣмъ свидѣтельство двухъ мужчинъ [3]).

Свободенъ ли вполнѣ отъ этихъ предразсудковъ и современный законодатель? Безъ сомнѣнія, женщина можетъ теперь свидѣтельствовать на судѣ, диктовать акты гражданскаго состоянія и быть оффиціально даже опекуномъ [4]). Но она не можетъ служить необходимымъ свидѣтелемъ при составленіи публичнаго акта, не можетъ вообще ни отправлять обыкновенную опеку, ни участвовать въ семейномъ совѣтѣ [5]); юриспруденція запрещаетъ ей по аналогіи отправлять также функціи попечителя и совѣтника [6]) на судѣ, колеблясь еще допускать ее и къ функціямъ посредника и эксперта.

Я признаю безъ затрудненія то, что въ дѣятельности эксперта и посредника присутствуютъ элементы публичнаго права; я согласенъ даже видѣть нѣкоторое противорѣчіе между запрещеніемъ женщинѣ, съ одной стороны, удостовѣрять, въ качествѣ свидѣтеля, подлинность публичныхъ актовъ, и разрѣшеніемъ ей, съ другой стороны, налагать одной печать подлинности на протоколы экспертизы. Но развѣ это противорѣчіе лежитъ не въ самомъ законѣ, запрещающемъ женщинѣ свидѣтельствовать въ томъ же актѣ, въ которомъ онъ дозволяетъ ей выступать въ качествѣ лица, объявляющаго свою волю [7])? Не обязана ли въ подобныхъ случаяхъ юриспруденція, въ виду неясности принципа и молчанія положительнаго закона, подыматься выше и искать рѣшеній въ томъ принципѣ справедливости и общественной пользы, который не допускаетъ того, чтобы человѣческому существу отказывали въ какомъ бы то ни было честномъ занятіи, соотвѣтствующемъ его способностямъ? Этотъ принципъ заслуживаетъ, по-моему, большого уваженія, чѣмъ тра-

---

[1]) Lettre de Charles VI, 1394 г. (*Ordonn.*, т. XII, стр, 185):... Quod, quam perniciosum existat, nullus sanae mentis praesumitur ignorare“.

[2]) Bonnier, *Traité des preuves*, т. I, стр. 379.

[3]) Bruneau, *Observat. crim.*, VIII, 40.

[4]) Art. 56. 362.

[5]) Art. 37, 442; законъ 25 ventôse XI-го года, art. 9.

[6]) *Contra*—Cubain, *Droit des femmes*, n. 90.

[7]) Ср. art. 37, 56.

диція устарѣлаго формализма. Миссія новой юриспруденціи, несмотря на болѣе тѣсные предѣлы, въ которые эта юриспруденція заключена, остается той же, какой была миссія римскаго претора: рабыня закона, когда законъ высказался, она должна въ случаяхъ его молчанія слѣдовать и помогать непрерывному прогрессу идей и нравовъ.

II.

Противоположность между неспособностью замужней женщины и способностью женщины, свободной отъ брака, составляетъ одну изъ самыхъ оригинальныхъ и характерныхъ чертъ современнаго права. Въ двухъ древнихъ законодательствахъ, отъ которыхъ ведутъ свое начало различные кодексы, дѣйствующіе теперь въ Европѣ, этой противоположности еще не существовало: ее нельзя найти ни въ римской юриспруденціи, ни въ варварскихъ обычаяхъ. Въ Римѣ жена не была подчинена въ управленіи своимъ личнымъ имуществомъ власти мужа, и законы, ограничивавшіе ея способность, какъ, напр., сенатусъ-консультъ Веллейана, затрогивали равнымъ образомъ дочь и вдову. У германцевъ власть мужа была лишь разновидностью той многоформенной власти, которая, подъ именемъ *mundium*, тяготѣла надъ женщиной, отъ ея рожденія и до смерти. Напротивъ, по современнымъ законодательствамъ, какъ иностраннымъ, такъ и нашему [1]), неспособна уже не женщина, а только жена: неспособность пола начинается лишь съ брака и съ нимъ оканчивается.

Какой же характеръ носитъ эта неспособность? Какая идея руководила современнымъ законодателемъ и, въ частности, редакторами нашихъ кодексовъ? Думали ли они, что женщина, вполнѣ способная сама по себѣ, и способная по своей природѣ ко всѣмъ актамъ гражданской жизни, должна чтить въ своемъ мужѣ только главу дома и уступать его авторитету, или, напротивъ, они продолжали принимать ее за то слабое и неопытное существо, которое было полезно ставить подъ опеку тотчасъ же, какъ для этого представлялся такой удобный и совсѣмъ готовый опекунъ, какого она находила въ лицѣ мужа? Словомъ, какъ смотрятъ они на по-

---

[1]) См. выше, стр. 242, 279, 297.

ложеніе женщины: какъ на состояніе простой зависимости или какъ на неспособность? Чтобы отвѣтить на этотъ основной вопросъ, нелишнимъ будетъ обратиться снова къ памятникамъ нашей древней юриспруденціи.

Подымемся сначала къ той эпохѣ, въ которую первоначальная оригинальность нашего обычнаго права не была еще затронута вліяніемъ римскихъ законовъ. Вопросимъ Бомануара и наслѣдниковъ его доктрины [1]). Они скажутъ намъ, что основаніе власти мужа лежитъ не въ природной неспособности женщины, а въ интересахъ порядка и мира домашняго хозяйства, и что этими интересами вызывается какъ подчиненность жены, такъ и главенство мужа. „Эта власть,—говоритъ на своемъ нервномъ и живописномъ языкѣ Гюй-Кокилль,—не составляетъ существеннаго препятствія для способности женщины; это препятствіе лежитъ не въ ней, а внѣ ея и въ случайномъ обстоятельствѣ. Поэтому и жена сама по себѣ способна заключать договоры, и какъ скоро препятствующее ихъ силѣ обстоятельство снимается, обязательство ея, имѣющее источникъ въ волѣ, когда эта послѣдняя была еще свободна, возстановляется въ своей силѣ, затемненной и сдавленной до того властью мужа“ [2]). На практическій результатъ этой доктрины нетрудно указать, такъ какъ онъ логически выводится изъ нея. Жена не могла сама оспаривать актъ, который она совершила, обладая всей полнотой своей природной способности. Поэтому послѣдующее одобреніе мужа или его смерть дѣлали этотъ актъ вполнѣ неоспоримымъ. Если самъ мужъ терялъ способность воли или ея отправленія, впавъ, напр., въ сумасшествіе или въ состояніе безвѣстнаго отсутствія, то власть его исчезала и способность жены возстановлялась, обходясь безъ посторонней помощи. Наконецъ, при несовершеннолѣтіи мужа, т.-е. неспособности его, въ глазахъ закона, имѣть разумную и обдуманную волю, власть его все-таки продолжалась: несовершеннолѣтній и поэтому неспособный дѣйствовать для себя, мужъ былъ, несмотря на свое несовершеннолѣтіе, способенъ утверждать акты своей совершеннолѣтней супруги, и въ этомъ не было ничего противорѣчиваго. Утвержденіе актовъ со стороны несовершеннолѣтняго было бы

---

[1]) См. выше, стр. 357 и слѣд.

[2]) Guy Coquille, *question* 100.

нелѣпо и смѣшно, если бы этимъ утвержденіемъ имѣлось въ виду восполнить недостатокъ правоспособности или опытности женщины; но оно было необходимо и достаточно для того, чтобы констатировать зависимость жены и власть надъ ней мужа [1]).

Эта доктрина нашихъ старыхъ авторовъ по обычному праву должна была вскорѣ вступить въ борьбу съ другой,—доктриной сектантовъ римскаго права, вліяніе которой начало преобладать уже со времени реформы нашихъ обычаевъ. Слишкомъ вѣрные своей привычкѣ искать исключительно въ Пандектахъ объясненіе для всѣхъ учрежденій, и даже такихъ, которыхъ Римъ никогда не зналъ, наши романисты XV и XVI вв. не упустили найти въ Пандектахъ и объясненіе власти мужа: для этого имъ служили тексты, говорившіе о „неосторожности, хрупкости и глупости женщины". Поэтому и власть мужа превратилась, въ ихъ глазахъ, въ родъ римской опеки, предназначенной въ помощь женщинѣ, какъ малолѣткѣ, и въ защиту отъ ея собственной слабости. Практическія послѣдствія этой новой теоріи были діаметрально противоположны тѣмъ, которыя я перечислялъ выше: жена, совершившая юридическую сдѣлку безъ содѣйствія мужа, могла сама оспорить эту сдѣлку, такъ какъ предполагалось, что она дѣйствовала по неразумію или неосторожности; ни смерть мужа, ни его послѣдующее одобреніе не могли придать дѣйствительности этой сдѣлкѣ и покрыть ея ничтожность, установленную особенно въ интересѣ жены и въ ея пользу; наконецъ, если самъ мужъ не могъ оказать достаточной защиты своей женѣ, потому ли, что онъ находился въ отсутствіи, впалъ въ сумасшествіе, или былъ только несовершеннолѣтнимъ, власть мужа пріостанавливалась, такъ какъ неспособный не могъ защищать другого неспособнаго, и дѣятельность магистрата замѣняла въ этихъ случаяхъ власть мужа [2]).

Какая же изъ этихъ системъ перешла въ нашъ кодексъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ кажется мнѣ легкимъ, и я читаю его во всѣхъ статьяхъ гражданскаго кодекса, говорящихъ о разрѣшеніи мужа на сдѣлки жены. Я читаю въ этихъ статьяхъ, что, если такого разрѣшенія нѣтъ, то о недѣйствительности сдѣлки можетъ

---

[1]) Loisel, *Instit cout.*, I, 2, n. 22; Legrand, *sur Troyes*, art. 80, gl. 2. n. 2; Auroux des Pommiers, *sur Bourbonnais*, art. 232, n. 8 и слѣд.

[2]) См. Bouhiet, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XIX.

просить сама жена, что эту недѣйствительность не покрываетъ ни молчаніе, ни смерть мужа, что, въ случаяхъ несовершеннолѣтія, безвѣстнаго отсутствія, отдачи подъ опеку за расточительность или осужденія мужа на тяжелыя наказанія, жена не можетъ ни договариваться, ни вести дѣла на судѣ безъ разрѣшенія судьи [1]). Всѣ эти законы говорятъ ясно, что власть мужа установлена въ личномъ и индивидуальномъ интересѣ жены, а не только въ интересѣ общаго хозяйства, что основаніе этой власти лежитъ въ той легковѣсности и въ той неосторожности, которыя юристы считали всегда удѣломъ женскаго пола, и что она подвергаетъ, наконецъ, жену не простой зависимости, но настоящей неспособности.

Для вящаго убѣжденія въ сказанномъ обратимся къ судебной практикѣ. Мы видимъ, что, вѣрная духу кодекса, она дѣлаетъ изъ власти мужа настоящую опеку. Разрѣшеніе мужа, которое сначала было простымъ дозволеніемъ или „отпускомъ", если говорить языкомъ нашихъ старыхъ юристовъ, превратилось мало-по-малу въ истинное *содѣйствіе* (assistance)—подобное тому, какое римскій опекунъ оказывалъ несовершеннолѣтнему, или тому, какое нынѣ попечитель или судебный совѣтъ (conseil judiciaire) оказываютъ расточителю или освобожденному изъ-подъ отцовской власти юношѣ. Такое разрѣшеніе должно предшествовать сдѣлкѣ жены или сопровождать ее, но ни въ какомъ случаѣ не слѣдовать за ней: недѣйствительность сдѣлки не покрывается послѣдующимъ одобреніемъ мужа—такъ же, какъ она не покрывается ни его молчаніемъ ни смертью [2]). Разрѣшеніе должно быть еще специальное, и это правило, выраженное и въ законѣ [3]), примѣняется судами съ крайней строгостью. Но будетъ ли специально разрѣшеніе, даваемое мужемъ женѣ на продажу такого-то поля или такого-то дома? Судебная практика отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно, требуя еще того, чтобы мужъ зналъ и специально обозначилъ всѣ условія сдѣлки; иначе онъ не исполнилъ бы воли закона и нарушилъ бы свои обязанности опекуна [4]). Положеніе женщины, вступающей въ бракъ,

---

[1]) Art. 221—225.

[2]) Paris, 12 mai 1859, Dev. 59, 2, 561. — Valette, sur Proudhon, т. I, стр. 467.

[3]) Art. 223, 1538.

[4]) Caen, 27 janv. 1851, Dev. 51, 2, 428.—Утверждаютъ, что специализація разрѣшенія установлена въ интересѣ самого мужа, что его права свя-

до такой степени подавлено юридически и близко къ состоянію легальнаго малолѣтства, что она теряетъ право, даже съ согласія мужа, на извѣстныя дѣйствія, которыя наканунѣ брака она могла совершить и одна: жена, обладающая даже разрѣшеніемъ мужа, менѣе способна, чѣмъ дочь или вдова. Не подлежитъ, дѣйствительно, сомнѣнію, что дочь или вдова можетъ дать третьему лицу общее порученіе на продажу или покупку какого-нибудь имущества; но со стороны жены такое порученіе было бы недѣйствительно, и никакое разрѣшеніе мужа не могло бы придать ему дѣйствительность. Разъ мужъ не можетъ дать женѣ неограниченное полномочіе на покупку и продажу—съ тѣмъ, чтобы эти акты были совершены лично ею, то какъ онъ могъ бы дать ей то же неограниченное полномочіе на покупку и продажу черезъ третье лицо? Слѣдуетъ сказать еще болѣе: въ силу установившейся практики, и мужъ не можетъ получить отъ жены подобнаго порученія или полномочія: жена имѣетъ право вступиться лично во всѣ акты, ея касающіеся, и, подобно всѣмъ неспособнымъ, не можетъ отречься ни отъ одного изъ своихъ правъ [1]).

Не придется ли намъ признать здѣсь недостатокъ логики и гармоніи какъ въ законодательствѣ, такъ и въ судебной практикѣ? Не осужденъ ли этотъ новый контрастъ между неспособностью замужней и способностью незамужней женщины какъ разумомъ, такъ и исторіей? Прежде чѣмъ отвѣтить на этотъ вопросъ и осудить или защитить законъ, я долженъ окончить его изложеніе. До сихъ поръ рѣчь шла объ основаніи власти мужа; теперь нужно опредѣлить ея размѣръ. Не измѣняется ли отправленіе этой власти въ различныхъ случаяхъ ея примѣненія? Другими словами, всегда ли

щенны, и законъ не хотѣлъ того, чтобы онъ могъ отречься отъ нихъ путемъ общаго разрѣшенія.—Но развѣ мужъ не можетъ дать женѣ порученіе продать, не устанавливая продажной цѣны, имущество, стоящее въ супружескомъ общеніи? Безъ сомнѣнія, можетъ. Если же онъ можетъ дать такое порученіе по отношенію къ имуществу, стоящему въ супружеской общности, и не можетъ поступить такъ же по отношенію къ имуществу, составляющему собственность жены, то происходитъ это, очевидно, отъ того, что имущество жены состоитъ подъ опекой.

[1]) Cassat., 10 mai 1853, Dev. 53, 1, 571.—Порученіе, о которомъ говоритъ art. 1577, относится лишь къ тѣмъ дѣйствіямъ, къ которымъ разрѣшеніе мужа не примѣняется.

необходимо разрѣшеніе мужа, и всегда ли оно достаточно? Оба эти вопроса требуютъ особаго разсмотрѣнія.

I. Замужнія женщины неспособны, говоритъ кодексъ, „въ случаяхъ, указанныхъ закономъ“ [1]). Слѣдовательно, эта неспособность не абсолютна, и власть мужа заключена въ извѣстные предѣлы, которые нужно опредѣлить.

Если вѣрить нѣкоторымъ юристамъ, то предѣлы власти мужа измѣняются, глядя по условіямъ брачныхъ соглашеній, и супруги, подчиняясь той или другой системѣ супружескихъ отношеній, могутъ по своему усмотрѣнію либо сузить, либо расширить эти предѣлы. Но если такъ, то что сказать объ освященномъ вѣками принципѣ, который ставитъ законы, управляющіе гражданскимъ состояніемъ и личной правоспособностью, надъ всякими частными соглашеніями? Что означала бы тогда и та статья кодекса, которая запрещаетъ супругамъ затрогивать въ своихъ договорахъ „права, вытекающія изъ власти мужа, или принадлежащія мужу какъ главѣ дома“ [2])? Я надѣюсь показать, что кодексъ нельзя упрекнуть въ данномъ случаѣ въ противорѣчіи съ самимъ собою, что власть мужа по кодексу неизмѣнна, и что юристы, измѣряющіе ее по условіямъ брачнаго договора, смѣшиваютъ двѣ вещи, которыя слѣдуетъ строго различать.

Женщина, выходя замужъ, переноситъ чаще всего на своего мужа права управленія, пользованія, а иногда и сособственности на имущества, которыми она владѣетъ. Но эти права, отмѣряемыя и регулируемыя брачнымъ договоромъ, не составляютъ элемента власти мужа и не должны быть смѣшиваемы съ нею. Мужъ производитъ эти права лишь изъ воли своей жены и отправляетъ ихъ не иначе, какъ въ качествѣ уполномоченнаго или соучастника, но вовсе не господина своей жены. Если жена, не выговорившая себѣ по брачному договору отдѣльнаго имущества, не можетъ совершать никакихъ актовъ по управленію имуществомъ, то ей недостаетъ не способности къ управленію, а имущества, подлежащаго управленію. Это настолько вѣрно, что, если жена, лишающаяся такимъ образомъ владѣнія своимъ имуществомъ, получитъ отъ третьяго лица дареніе подъ условіемъ исключительнаго пользова-

---

[1]) Art. 1124.
[2]) Art. 1388.

нія даримымъ имуществомъ, то она можетъ на основаніе нашей судебной практики, свободно управлять этимъ имуществомъ—безъ того, чтобы власть мужа служила тому какой бы то ни было помѣхой [1]). Мы передадимъ поэтому вѣрно духъ нашего кодекса и судебной практики, если будемъ различать въ полномочіяхъ мужа два элемента, отличныхъ другъ отъ друга и по источнику, и по природѣ во 1-хъ, власть мужа, установленную закономъ и поэтому—необходимую и неизмѣнную; во 2-хъ, имущественныя права въ приданомъ—такъ же измѣнчивыя и факультативныя, какъ и договоры, отъ которыхъ они стоятъ въ зависимости. Далѣе мы разберемъ эти договоры особо; теперь же насъ занимаетъ только власть мужа, не имѣющая съ ними ничего общаго.

Границы этой власти указываются только что установленнымъ различіемъ: жена подчинена власти мужа лишь въ тѣхъ дѣйствіяхъ, въ которыхъ выражается распоряженіе ея имуществомъ, но не въ тѣхъ, которыя представляютъ управленіе этимъ имуществомъ; во всѣхъ случаяхъ управленія (т.-е. когда она сохранила за собою нѣкоторыя имущества сверхъ приданаго), она управляетъ одна и не имѣетъ надъ собою господина [2]). Поэтому и суды утверждаютъ, или уничтожаютъ обязательства, заключенныя женой безъ разрѣшенія мужа, въ зависимости отъ того, возникаютъ или нѣтъ эти обязательства изъ управленія ея имуществомъ [3]). Это различіе имѣетъ для насъ особую важность, такъ какъ къ обязательствамъ, стоящимъ внѣ управленія имуществомъ должны быть несомнѣнно причислены поручительства, интерцессіи, — словомъ, всѣ обязательства, подвергавшіяся прежде дѣйствію сенатусъ-консульта Веллеяна. Примѣненіе къ этимъ обязательствамъ доктрины, принятой судебной практикой, не подлежитъ сомнѣнію, и поэтому мы можемъ сказать, безъ всякаго риска ошибиться, что ни одна замужняя женщина, подъ какой бы системой супружескихъ отношеній она ни стояла и какимъ бы имуществомъ ни обладала,—все равно, движимымъ или недвижимымъ,—не можетъ никогда обязываться для другого безъ спеціальнаго на то разрѣшенія мужа.

---

[1]) Paris, 5 mars 1846, *J. du P.*, 1846, т. I, стр. 483.

[2]) Демоломбъ (т. IV, n. 205) уже показалъ, какъ неточна въ этомъ отношеніи редакція art. 223.

[3]) Cassat., 30 dec. 1862, Dev. 63, 1, 257.

II. Но если разрѣшеніе мужа необходимо для всѣхъ дѣйствій жены, то всегда ли его достаточно для того, чтобы сдѣлать жену способной, или восполнить ея неспособность? Бываютъ обстоятельства и событія, ставящія вверхъ дномъ естественный порядокъ супружеской ассоціаціи и переносящія временно на сторону слабѣйшаго пола превосходство силы, опыта или чести. Возможно, что мужъ едва выходитъ изъ юности и не достигаетъ еще возраста законной способности, или болѣзнь разстраиваетъ его умственныя силы, или продолжительное отсутствіе грозитъ ущербомъ его интересамъ, или, наконецъ, уголовное наказаніе констатируетъ и оглашаетъ его безчестье. Не долженъ ли законъ въ подобныхъ обстоятельствахъ ставить обратно роли супруговъ и передавать женѣ временно какъ управленіе домашнимъ хозяйствомъ, такъ и заботу о содѣйствіи своему мужу и замѣнѣ его?

Такая передача власти имѣетъ дѣйствительно мѣсто въ отношеніи всего, что касается надзора за дѣтьми, ихъ воспитанія и вообще того, что можно называть нравственнымъ управленіемъ домомъ: въ этой сферѣ жена пріобрѣтаетъ полную способность съ того же дня, въ который мужъ теряетъ ее. Власть матери, стирающаяся передъ властью отца до тѣхъ поръ, пока этотъ послѣдній отправляетъ свободно свои права, разворачивается нераздѣльно и во всей своей силѣ съ того момента, когда мужъ попадаетъ въ безвѣстное отсутствіе, въ опеку за расточительство, или теряетъ свою власть вслѣдствіе уголовнаго осужденія [1]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ мать пользуется почти такими же широкими полномочіями, какъ если-бы она была уже вдовой, и ни судъ, ни законные представители ея мужа не могутъ вмѣшаться въ отправленіе ея власти [2]).

Но если дѣло стоитъ такъ въ отношеніи къ нравственному управленію домомъ, то почему мы не видимъ того же въ отношеніи къ его хозяйственному управленію? Почему жену, способную замѣнять мужа при управленіи семьей, считаютъ неспособной замѣнять его при управленіи имуществомъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ открываетъ намъ цѣликомъ мысль нашего законодателя въ вопросѣ

---

[1]) Code civ., art. 141, 149; Code de commerce, art. 2. То же самое, если отца помѣщаютъ въ домъ сумасшедшихъ.

[2]) Если отецъ можетъ, въ силу art. 391, ограничить права вдовы, какъ *опекунши*, то онъ не можетъ ограничить ея правъ, какъ *матери*.

о неспособности женщины. Законодатель можетъ быть спокоенъ, довѣряя дѣтей ихъ матери, такъ какъ материнская любовь восполняетъ у женщины недостатокъ ума и опытности; въ отношеніи же имущества онъ слишкомъ мало довѣряетъ осторожности женщины, чтобы передать это имущество въ ея слабыя и неопытныя руки. Въ порядкѣ имущественныхъ отношеній замужняя женщина остается всегда неспособной, всегда подъ опекой; ея обыкновенный опекунъ—мужъ, и если этотъ послѣдній не можетъ достаточно охранить ея интересы, законъ призываетъ на его мѣсто другого покровителя—должностное лицо. Если мужъ еще несовершеннолѣтенъ, или несетъ безчестящее его наказаніе, если онъ состоитъ подъ опекой за расточительство, или даже подъ судебнымъ совѣтомъ, если онъ заключенъ въ домъ сумасшедшихъ [1]), или находится въ безвѣстномъ отсутствіи,—все равно, объявлено ли это отсутствіе или только предположено,—во всѣхъ этихъ случаяхъ необходимость судебнаго разрѣшенія становится на мѣсто разрѣшенія мужа. Неспособность жены остается все той же, и измѣненіе происходитъ лишь въ личности опекуна.

Все ли это, и исчерпаны ли мною случаи, когда мужъ является неспособнымъ, и его разрѣшеніе—недостаточнымъ? Если я не ошибаюсь, то есть еще два случая, въ которыхъ законъ, чтобы быть вѣрнымъ своему принципу, долженъ поставить интересы замужней женщины подъ непосредственную охрану судовъ.

Первый случай — тотъ, когда жена добивается судомъ противъ своего мужа такъ называемаго разлученія отъ стола и ложа (séparation de corps). Однообразная нынѣ и заслуживающая полнаго сочувствія судебная практика лишаетъ здѣсь мужа отправленія отцовской власти и, вооружаясь противъ него старыми опредѣленіями о разводѣ, передаетъ изъ его рукъ въ руки матери дѣтей и руководство ими [2]). Но лишая его правъ отца, судебная практика сохраняетъ за нимъ права мужа и удерживаетъ разлученную съ нимъ жену подъ его властью и опекой [3]). Эту практику нужно признать легальной; но чтобы она, кромѣ того, была, какъ это

---

[1]) Два послѣднихъ случая не предусмотрѣны закономъ и регулированы практикой. Cassat., 11 août 1840, Dev. 40, 1, 858; Rennes, 7 déc. 1840, Dev. 41, 3, 423.

[2]) Art. 302. Cassat., 17 juin 1845, Dev. 46, 1, 52.

[3]) Cassat., 13 nov. 1844, Dev. 45, 1, 45. Ср. art. 215, 217, 311.

утверждаетъ одинъ извѣстный юристъ [1]), еще „очень логична и очень умна", въ этомъ позволено сомнѣваться. Если законъ, считая замужнихъ женщинъ неспособными наблюдать самимъ за своими интересами, подчиняетъ ихъ нѣкоторой опекѣ, и если онъ отказываетъ въ этой опекѣ мужу, обезчещенному осужденіемъ, то умнѣе и логичнѣе было бы, кажется, отказывать въ подобной опекѣ и тому, кто топчетъ подъ ногами всѣ супружескія обязанности [2]).

Второй случай, когда разрѣшеніе мужа не служитъ гарантіей интересовъ жены, это—если самъ мужъ заинтересованъ въ актѣ, совершаемомъ женой. Далекое отъ того, чтобы служить какой бы то ни было гарантіей, содѣйствіе мужа является въ этомъ случаѣ лишней опасностью: жена находитъ здѣсь въ мужѣ уже не опекуна, а противника. Болѣе, чѣмъ когда-нибудь, она нуждается теперь въ покровительствѣ суда: если это покровительство приноситъ ей пользу и тогда, когда при отсутствіи власти мужа она предоставлена самой себѣ, то на сколько же оно необходимѣе въ тѣхъ случаяхъ, когда эта власть обращается противъ нея и превращается въ опасное злоупотребленіе вліяніемъ. Такъ разсуждаютъ, по крайней мѣрѣ, иностранные законодатели, и я ограничусь по этому предмету ссылкой на самый недавній и замѣчательнѣйшій въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ изъ европейскихъ кодексовъ,—на кодексъ новаго итальянскаго королевства [3]). Этотъ кодексъ опасается гораздо менѣе, чѣмъ нашъ, слабости и неопытности замужней женщины: онъ предоставляетъ ей дѣйствовать одной и обходиться даже безъ судебнаго разрѣшенія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда несовершеннолѣтній, отсутствующій, или впавшій въ сумасшествіе мужъ не имѣетъ возможности выступать рядомъ съ ней. Но если этотъ кодексъ предполагаетъ жену достаточно сильной для того, чтобы она могла обходиться въ случаѣ надобности безъ мужа и дѣйствовать одна, то онъ же

---

[1]) Demolombe, т. IV, n. 119.

[2]) Злоупотребленіе, котораго слѣдуетъ опасаться, состоитъ не въ томъ, что жена не получаетъ отъ мужа разрѣшенія (противъ этого злоупотребленія ее могли бы защитить суды), а въ томъ, что она получаетъ его слишкомъ легко. Если бы мужъ хотѣлъ толкать жену на разореніе, то существующій законъ только облегчилъ бы ему достиженіе этой цѣли.

[3]) См. выше, стр. 298.

предполагаетъ ее слишкомъ слабой для того, чтобы дѣйствовать противъ мужа и бороться съ его силой: какъ только интересы супруговъ сталкиваются, жена выступаетъ не иначе, какъ подъ контролемъ суда. Таково предусмотрительное распоряженіе новаго итальянскаго закона, и мы сейчасъ увидимъ, такъ ли предусмотрителенъ и нашъ законъ.

Опасности указаннаго выше положенія не ускользнули, конечно, отъ вниманія нашего законодателя. Страхъ за злоупотребленіе вліяніемъ со стороны мужа сквозитъ не въ одномъ опредѣленіи нашего кодекса: жена не можетъ дѣйствовать одна, и противъ нея останавливается теченіе давности во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда ея искъ можетъ отразиться на интересахъ мужа; она не можетъ согласиться въ интересѣ мужа и на уменьшеніе своей легальной ипотеки въ его имуществѣ; она не можетъ ни сдѣлать мужу, ни получить отъ него никакого иного даренія, кромѣ явнаго и подлежащаго отмѣнѣ; она не можетъ ни продавать ему, ни покупать отъ него что бы то ни было иначе, какъ въ небольшомъ числѣ точно обозначенныхъ случаевъ; наконецъ, она не можетъ, даже по соглашенію съ нимъ, внести какое бы то ни было измѣненіе въ свой брачный контрактъ [1]). Вотъ извѣстное число сдѣлокъ, способныхъ вызвать столкновеніе интересовъ супруговъ и заботливо запрещенныхъ нашимъ закономъ. Но необходимо замѣтить, что всѣ эти запрещенія носятъ характеръ исключеній. Распространять ихъ далѣе приведенныхъ случаевъ значило бы нарушать всѣ правила юридическаго толкованія; возводить ихъ въ общій принципъ было бы тоже, что становиться въ противорѣчіе съ самыми формальными текстами нашего законодательства, напр. со ст. 1431, которая позволяетъ супругамъ обязываться солидарно другъ за друга; со ст. 1435, которая разрѣшаетъ женѣ принимать предлагаемое ей мужемъ новое употребленіе денегъ, вырученныхъ отъ продажи ихъ имущества; со ст. 1451, которая допускаетъ возстановленіе супружеской общности имущества „по соглашенію обѣихъ сторонъ"; со ст. 1577, которая предполагаетъ въ отношеніяхъ супруговъ порученіе, данное женой мужу; наконецъ, съ закономъ 23 марта 1855 г., который говоритъ „о случаяхъ, когда жена можетъ уступить свою легальную ипотеку" кредиторамъ мужа,

---

[1]) *Art. 2256, 2144, 1096—1099, 1595—1707, 1394, 1395.*

или отречься отъ нея въ ихъ пользу. Однимъ словомъ, дѣйствительность договоровъ между супругами постоянно предполагается закономъ, хотя и нигдѣ имъ не провозглашается. Это признано теперь, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, и судебной практикой, изъ которой, посредствомъ сближенія и сравненія ея основныхъ рѣшеній, можно извлечь два слѣдующихъ положенія: 1) договоры между супругами дѣйствительны, за исключеніемъ случаевъ, прямо указанныхъ въ законѣ; 2) договоры, заключенные женой съ третьими лицами въ интересѣ своего мужа, если они разрѣшены этимъ послѣднимъ, дѣйствительны безъ всякихъ исключеній [1]). Такова доктрина, получившая, кажется, окончательное преобладаніе, и она единственная, которая согласна съ закономъ; если же ее упрекають въ томъ, что она ставитъ въ опасность интересы жены и семьи, то этотъ упрекъ долженъ быть обращенъ къ самому закону.

Изложенные принципы легко примѣнить теперь и къ спеціальному договору, составляющему предметъ настоящаго изслѣдованія. Вытекающее изъ нихъ послѣдствіе неизбѣжно: жена способна поручаться за своего мужа, если только мужъ разрѣшаетъ ей это поручительство; поэтому запрещеніе какъ *si qua mulier*, такъ и сенатусъ-консульта Велейана изчезло изъ нашихъ законовъ.

Можно ли, въ самомъ дѣлѣ, приравнивать поручительство жены за мужа къ тѣмъ указаннымъ выше договорамъ между супругами которые запрещаются нашимъ закономъ? Позволительно ли, напр., говорить, что, предлагая свое поручительство, жена доставляетъ мужу даровую и неподлежащую отмѣнѣ выгоду? Смѣшеніе было бы слишкомъ грубо, и римскіе юристы не впадали въ него: сенатусъ-консультъ Веллейана, запрещавшій женщинѣ всякаго рода поручительства, разрѣшалъ ей въ то же время всякаго рода дареніе. Изъ всѣхъ договоровъ, договоръ поручительства, можетъ-быть, самый подвижный и превратимый, такъ какъ, дѣлаясь должникомъ, поручитель дѣлается въ то же время кредиторомъ главнаго должника, и какъ долгъ, такъ и право требованія, если не считать шансовъ неплатежеспособности, являются здѣсь точными эквивалентами другъ за друга. Нѣтъ сомнѣнія, что

---

[1]) Cassat., 8 nov. 1814, Dev. 15, 1, 113; Cassat., 4 févr. 1846, Dev. 46, 1, 553; Bordeaux, 29 avril 1856, Dev. 57, 2, 54.

если жена, поручаясь за мужа, объявляетъ о своемъ отреченіи отъ права обратнаго требованія къ нему, она совершаетъ дареніе въ его пользу; но это дареніе заключается не въ поручительствѣ, а въ совершенно независящемъ отъ него отреченіи отъ права обратнаго требованія. Пусть это отреченіе будетъ недѣйствительно или подлежаще отмѣнѣ; поручительство останется не менѣе того въ силѣ, и по отношенію къ своему кредитору жена будетъ дѣйствительно и неотложно связана.

Вотъ необходимое и недопускающее возраженій заключеніе, къ которому приводятъ насъ различныя правила нашего кодекса, говорящія о неспособности замужней женщины. Она никогда не можетъ обязываться для другого безъ разрѣшенія своего мужа, но если у нея есть это разрѣшеніе, ея поручительство дѣйствительно всегда и безъ отношенія къ тому, поручается ли она за постороннее лицо, или за собственнаго своего мужа.

Во всякомъ случаѣ, мы не исчерпали еще вопроса. Онъ изучался нами пока при отвлеченіи отъ всѣхъ системъ супружескихъ отношеній, въ которыхъ можетъ стоять женщина. Мы считались только съ необходимыми и легальными отношеніями, вытекающими изъ принциповъ власти мужа и неспособности жены, оставляя въ сторонѣ всѣ договорныя отношенія, могущія быть установленными брачнымъ контрактомъ. Но нѣтъ ли между многочисленными и разнообразными брачными соглашеніями такихъ, которыя ставили бы препятствія къ обязательствамъ жены въ пользу своего мужа?

Этотъ вопросъ переноситъ насъ на новое и широкое поле изслѣдованія. Для того, чтобы только пробѣжать это поле, намъ придется изслѣдовать особую способность женщины при каждой изъ двухъ большихъ системъ, всегда дѣлившихъ между собою, начиная отъ среднихъ вѣковъ, всю территорію Франціи: это—система общности имуществъ супруговъ и система приданаго.

III.

Если есть какая-нибудь система супружескихъ отношеній, которая по самому своему существу ставила бы препятствія договорамъ между мужемъ и женой и обязательствамъ жены въ пользу своего мужа, то, во всякомъ случаѣ, это—не система общности иму-

ществъ супруговъ. Особенность этой системы состоитъ въ томъ, что она дѣлаетъ изъ жены товарища мужа и призываетъ ее въ этомъ качествѣ къ сотрудничеству съ нимъ. Въ противоположность системѣ приданаго, которая раздѣляетъ и уединяетъ имущество жены, имѣя въ виду обезопасить его отъ колебаній супружеской жизни, система общности сближаетъ, или сливаетъ, имущества обоихъ супруговъ, отождествляетъ ихъ интересы и хочетъ, чтобы между супругами все было общимъ, какъ счастье, такъ и несчастье. Можно ли было бы представить себѣ что-нибудь болѣе нелогичное и противорѣчивое, чѣмъ законъ, который, установивъ между супругами общность и сотрудничество каждаго дня, вздумалъ бы запретить имъ обязываться сообща, или другъ за друга? Такое злозлоупотребленіе сенатусъ-консультомъ Веллейана встрѣтило бы осужденіе въ самомъ римскомъ правѣ: никогда Гай и Ульпіанъ не принимали за *intercessio* обязательствъ, которыя два участника въ какомъ-либо общемъ отношеніи заключили бы другъ для друга при веденіи общаго имъ дѣла [1]). Поэтому и жена вовсе не интерцедируетъ, когда она обязывается за того, кто по брачному договору сталъ ея товарищемъ въ то же время, какъ и мужемъ; она не интерцедируетъ потому, что, обязываясь такъ или иначе, она рискуетъ своимъ имуществомъ не ради чужихъ интересовъ, а ради интересовъ общности, т.-е. и своего собственнаго интереса. „Mulieris interest,—говоритъ по этому поводу на своемъ энергичномъ и варварскомъ латинскомъ языкѣ Дюмуленъ,—nec videtur in aliquo pro alio, sed in totum pro suo obligari; et dato quod videretur partim fidejubere, tamen quod fidejubet, in rem suan fidejubet et sic cessat Velleianum“ [2]). И если вопросъ рѣшался такъ Дюмуленомъ, признававшимъ за женой въ общности одно лишь будущее и условное право, то насколько это же рѣшеніе обязательнѣе при кодексѣ, разсматривающемъ жену какъ собственницу мужа съ самаго начала брака! Чтобы убѣдиться въ этомъ лучше, прослѣдимъ за судьбой обязательства, которое заключается мужемъ, и къ которому присоединяется его жена. Что дѣлается съ занятыми деньгами? Онѣ поступаютъ въ кассу общности, которая принадлежитъ женѣ такъ же, какъ и мужу, и если впослѣдствіи эти же деньги упо-

---

[1]) L. 17 § 2 D. 16. 1.

[2]) Dumoulin, *Tr. de Usuris*, *quest.* XXXVIII, n. 291.

требляются на спекуляцію, или вкладываются въ какое-нибудь предпріятіе, то выгоды и потери касаются опять той же общности, т.-е. въ такой же мѣрѣ жены, какъ и мужа. Поэтому вѣрно, что, поручаясь за мужа, жена дѣйствуетъ въ своемъ собственномъ интересѣ и сама для себя, *in rem suam fidejussit*.

Но не обманчива ли въ нѣкоторыхъ случаяхъ эта общая презумпція? Возможно, что мужъ, вмѣсто того, чтобы употребить занятыя деньги на общее хозяйство, проигрываетъ ихъ въ карты, отдаетъ своему незаконному ребенку, или обращаетъ на улучшеніе своего отдѣльнаго имущества. Обманутая такимъ образомъ жена расплачивается своимъ имуществомъ за долги, всѣми выгодами которыхъ пользуются другіе. Въ этихъ случаяхъ законная презумпція дѣйствительно опровергается фактами, но по отношенію къ третьимъ лицамъ, т.-е. къ кредиторамъ, она должна быть сохранена въ абсолютной силѣ. Кредиторъ, ссужающій деньги, отдаетъ ихъ главѣ супружеской общности имуществъ или представителю общаго хозяйства, и судьбу его права требованія нельзя ставить въ зависимость отъ употребленія, которое будетъ сдѣлано изъ отданныхъ имъ взаймы денегъ,—употребленія, котораго онъ не можетъ притомъ ни предвидѣть, ни контролировать; жена, по крайней мѣрѣ, въ его глазахъ, имѣетъ всегда достаточное основаніе вступиться въ обязательства своего мужа,—и лишать кредитора иска противъ интерцедирующей жены на основаніи вины мужа значило бы дѣлать его жертвой ошибки, которой онъ не можетъ избѣжать; это значило бы, въ то же время, освящать положеніе, рѣшительно отвергнутое какъ римскими законами, такъ и самимъ сенатусъ-консультомъ Веллейана.

Надо поэтому признать, что допущеніе общности, какъ системы супружескихъ отношеній по общему праву, влечетъ за собою необходимо устраненіе изъ этихъ отношеніи какъ сенатусъ-консульта Веллейана, такъ и распоряженія *si qua mulier*. И редакторы нашего кодекса не упустили этого послѣдствія. Организовавъ систему легальной общности, т.-е. общности, устанавливаемой, при отсутствіи противоположныхъ соглашеній между супругами, въ силу закона, они не только допустили обязательства супруговъ другъ за друга, но сдѣлали еще изъ этихъ совмѣстныхъ обязательствъ правило и общій законъ. Супругъ при общности имуществъ, — все равно, мужъ это или жена, — когда онъ договаривается съ

третьими лицами, предполагается дѣйствующимъ не въ своемъ личномъ а въ общемъ интересѣ, т.-е. какъ за себя, такъ и за другого супруга. Если обязывается жена, то мужъ дѣлается содолжникомъ и считается присоединившимся къ ея обязательству уже потому, что онъ его одобрилъ и разрѣшилъ [1]). Если обязывается мужъ, то и жена, въ свою очередь, дѣлается должникомъ, но со слѣдующимъ различіемъ: не участвуя при заключеніи обязательства, она связывается имъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой она состоитъ въ супружеской общности (*en tant que commune*), т.-е. ей открыта еще возможность или ограничить свое обязательство, сведя инвентарь общности, или освободиться отъ него, выйдя изъ общности; напротивъ присоединяясь къ обязательству, въ качествѣ ли поручителя, или солидарнаго должника, она обязывается лично, т.-е. во всемъ размѣрѣ обязательства и безъ возможности его отмѣны или ограниченія [2]). Единственное преимущество, предоставляемое ей закономъ, состоитъ въ томъ, что „она считается простымъ поручителемъ въ отношеніи къ мужу“ [3]). Но это допущеніе имѣетъ силу лишь въ отношеніи къ мужу. Въ отношеніи къ третьимъ лицамъ, къ кредиторамъ, она разсматривается, какъ обыкновенный должникъ, и характеръ ея обязательства, какъ главнаго или дополнительнаго, солидарнаго или совмѣстнаго, зависитъ всегда отъ внѣшней формы договора, но не отъ скрытой его цѣли и не отъ случайныхъ его результатовъ [4]).

До сихъ поръ система кодекса должна казаться намъ логичной и разумной. Но дѣло въ томъ, что легальная общность представляетъ собою сложную систему, весьма многообразную и измѣнчивую. Становясь на иную точку зрѣнія, мы сейчасъ увидимъ, сколько логическихъ отступленій и противорѣчій возникнетъ со всѣхъ сторонъ. Общность супруговъ составляетъ несомнѣнную ассоціацію, союзную форму, и мы разсматривали ее съ самаго начала, какъ таковую. Но это—не обыкновенная ассоціація; это—ассоціація сильнаго со слабымъ, и принципъ равенства, управляющій товариществами общаго права, долженъ былъ дать здѣсь мѣсто цѣлой системѣ гарантій и мѣръ, имѣющихъ въ виду уста-

---

[1]) Art. 1409, 2°; cp. art. 1413, 1432.

[2]) Art. 1483, 1494, 1487.

[3]) Art. 1431.

[4]) Art. 1487.

новленіе равновѣсія между сторонами. Организуя товарищество двухъ супруговъ, редакторы кодекса не могли забыть, что одинъ изъ товарищей былъ лицомъ, лишь на половину свободнымъ и на половину зависимымъ, тогда какъ другой, вооруженный уже всѣми прерогативами власти мужа, присоединялъ къ нимъ еще полномочія господина и главы супружеской общности имуществъ. Чтобы установить равновѣсіе въ этой столь неравной ассоціаціи, слѣдовало исправить избытокъ власти на одной сторонѣ строгою отвѣтственностью и избытокъ слабости на другой —чрезвычайными привиллегіями. Отсюда — сложная система полученій, вычетовъ, удовлетвореній за ущербъ, вознагражденій. Такимъ образомъ, смѣшивая и сливая сначала интересы обоихъ супруговъ, законъ потомъ ихъ различаетъ и отдѣляетъ. Онъ разыскиваетъ съ мелочной заботливостью и преслѣдуетъ всѣ особыя выгоды, которыя могли бы быть осуществлены мужемъ въ ущербъ общей массѣ супружескаго имущества. Онъ вооружаетъ жену самыми энергичными и вѣрными исками о вознагражденіи за убытки. Онъ обезпечиваетъ эти иски общей ипотекой, лежащейся на всѣ недвижимости мужа, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ—и самой супружеской общности. Жертвуя интересамъ жены и кредитомъ главы этой общности, и обезпеченностью третьихъ лицъ, и общими интересами торговли, законъ идетъ такъ далеко, что терпитъ въ приведенныхъ выше случаяхъ даже негласную ипотеку. Наконецъ, въ видѣ избытка предосторожности, онъ запрещаетъ самой женѣ отрекаться отъ привиллегій, которыми она надѣлена. Всякій договоръ, которымъ имущество мужа освобождалось бы отъ тяготѣющей на немъ ипотеки, объявленъ недѣйствительнымъ; договоръ, которымъ эта ипотека подвергалась бы ограниченію, можетъ быть дѣйствителенъ лишь при соблюденіи трехъ слѣдующихъ формальностей: согласіи семейнаго совѣта, участіи прокурорскаго надзора и утвержденіи суда [1]).

Казалось бы, что женѣ нечего болѣе бояться, и что теперь всякое нападеніе на ея приданое должно разбиться объ укрѣпленіе изъ законныхъ гарантій, окружающихъ ее со всѣхъ сторонъ. Но это лишь обманчивая внѣшность! Предосторожности законодателя похожи на распоряженія генерала, который, укрѣпляя за-

---

[1]) Art. 2140, 2144. Судъ постановляетъ здѣсь скорѣе рѣшеніе, нежели даетъ простое утвержденіе (*homologation*).

ботливо окопы и форты, оставляетъ по неосторожности открытыми однѣ изъ воротъ крѣпости; непріятель пробирается черезъ этотъ проходъ, овладѣваетъ батареями и поворачиваетъ ихъ противъ тѣхъ, кого онѣ должны были защищать. То же случилось и съ ученой системой защитъ и гарантій, которыя должны были, по мысли законодателя, поставить приданое внѣ всякихъ посягательствъ: чтобы открыть двери непріятелю, довольно было простого пробѣла въ предвидѣніяхъ законодателя и вскорѣ даже все оружіе, врученное закономъ женѣ, перешло отъ нея къ ея противникамъ.

Этотъ пробѣлъ въ системѣ гарантій и запрещеній, предназначенныхъ для защиты жены, мы находимъ въ данной ей закономъ способности обязываться для мужа и поручаться за него. Подписывая подобное обязательство, жена передаетъ въ руки кредиторовъ мужа то же оружіе, которымъ она была снабжена закономъ противъ нихъ. Однажды связанная кредиторами мужа и сдѣланная ихъ должникомъ, какъ она можетъ осуществить противъ нихъ тѣ ипотеки и привиллегіи, которыя установлены закономъ съ цѣлью обезпеченія за нею приданаго? Кредиторы скажутъ ей неминуемо: „Вы гарантировали намъ платежеспособность нашего должника; поэтому вы не можете содѣйствовать его неплатежеспособности въ отношеніи намъ, требуя предварительнаго передъ нами удовлетворенія изъ его имущества“. И не только она будетъ обезоружена передъ кредиторами, но кредиторы, повторяю, обернутъ противъ нея собственное ея оружіе. Имъ предоставлены права ихъ должниковъ, которыя они отправляютъ на мѣстѣ послѣднихъ; поэтому и кредиторы мужа, имѣющіе своимъ должникомъ и жену, осуществятъ сами и отъ ея имени всѣ ея права и привиллегіи, обращая такимъ образомъ въ свою пользу ту цѣнность, которая обезпечивается за ней ипотекой въ имуществѣ мужа [1]).

Такова первая брешь, пробитая въ системѣ защиты приданаго, и эта брешь, постоянно расширяясь подъ непрерывными ударами практиковъ, довела вскорѣ приданое до состоянія полной беззащитности. Дѣйствительно, если женѣ разрѣшали косвенную передачу ея ипотеки кредиторамъ мужа путемъ заключенія съ

[1]) Art. 775 Code de procedure civile...

ними соотвѣтствующаго обязательства, то почему было бы не разрѣшить ей такой же передачи и прямо, безъ необходимости вступать въ особое личное обязательство? Изъ этой простой идеи возникъ и знаменитый договоръ *о передачѣ легальной ипотеки* (*subrogation à l'hypothèque légale*),—договоръ, который, какъ и всѣ крупныя изобрѣтенія въ юриспруденціи, обязанъ своимъ происхожденіемъ не законодателю, и не теоретикамъ, а дѣловой практикѣ [1]).

Легко объяснить себѣ быстрый успѣхъ этого новаго договора, если принять во вниманіе, какъ просто и легко было его примѣненіе. Жена находила въ немъ способъ сообщенія своего кредита мужу, не вступая въ личное обязательство. Кредиторъ получалъ всѣ выгоды такого исключительнаго перехода на него правъ другого лица, который не могъ быть сокращенъ въ своихъ послѣдствіяхъ позднѣйшими обязательствами этого лица. Наконецъ, обѣ стороны находили въ этомъ договорѣ ту общую выгоду, что онъ освобождалъ ихъ отъ всѣхъ стѣснительныхъ формъ, такъ какъ, не имѣя сходства ни съ однимъ изъ договоровъ, предусмотрѣнныхъ кодексомъ, онъ ускользалъ этимъ самымъ и отъ всѣхъ предписанныхъ имъ формъ. Это не было уступкой обязательства (cessio), такъ какъ жена не отчуждала никакого права, поэтому не требовалось ни извѣщенія должника, ни формальнаго акцепта. Это небыло и залогомъ, такъ какъ жена не лишалась владѣнія: поэтому не нужно было опять ни оглашенія, ни занесенія акта въ публичные регистры. Это не было также ограниченіемъ ипотеки жены, такъ какъ эта ипотека сохраняла весь свой размѣръ: поэтому не оказывалось надобности ни въ семейномъ совѣтѣ, ни въ участіи прокурорскаго надзора, ни въ утвержденіи суда. Наконецъ, свободный отъ всѣхъ затрудненій, связанныхъ съ приведенными сейчасъ отношеніями, договоръ простой передачи легальной ипотеки имѣлъ почти ту же силу, что и всѣ свидѣтельствующіе эти отношенія договоры, вмѣстѣ взятые.

Но чѣмъ легче и удобнѣе было пользованіе этимъ договоромъ, тѣмъ болѣе онъ представлялъ опасностей. Все зданіе гарантій и привиллегій, воздвигнутое законодателемъ съ разсчетомъ на его твердость и прочность, могло быть опрокинуто теперь слабой ру-

---

[1]) Ch. Beudant, *de la Subrogation aux droits d'hypothèque*, 1866, стр. 1. См. также Bertauld, *Traité des subrogations à l'hypothèque legale*, 1864.

кой на половину неспособной женщины. Для этого довольно было ей сказать одно слово, или даже молчаливо вступиться въ сдѣлку или въ процессъ [1]), и такъ какъ сколько-нибудь испытанные кредиторы не упускали никогда того, чтобы вызвать такое вступленіе жены, то обѣщанное ей покровительство закона обращалось въ чистую ложь. Чрезвычайная привиллегія легальной ипотеки, съ которой можно мириться лишь при неспособности замужней женщины, приноситъ выгоды уже не ей, а ея противникамъ. Если она иногда пользуется еще этой ипотекой, то не иначе, какъ съ ущербомъ для достойнѣйшихъ кредиторовъ, которыхъ невѣдѣніе или довѣрчивость эксплоатируются, и которые, потерпѣвъ какой-либо убытокъ, дѣлаются ея кредиторами, не вступая съ нею въ особое обязательственное отношеніе [2]).

Но выгодна ли эта передача ипотеки, такъ разорительная для жены, съ точки зрѣнія кредиторовъ, на нее ссылающихся? Напротивъ, она служитъ и для нихъ предметомъ разочарованій и ошибочныхъ разсчетовъ. „Можно ли представить себѣ что-нибудь болѣе опасное, болѣе несправедливое, болѣе противное кредиту и общественному порядку, чѣмъ эта способность, предоставленная женщинѣ, передавать свои права первому, второму, третьему и двадцатому кредитору, при чемъ она обманываетъ всѣхъ, кромѣ перваго? Хотя введенное и противъ нея, это право передачи ипотеки дѣлается въ ея рукахъ страшнымъ оружіемъ, которое она обращаетъ именно противъ тѣхъ, кто ищетъ въ немъ своего спасенія“ [3]).

И между тѣмъ этотъ договоръ, въ такой степени опасный для обѣихъ сторонъ, перешелъ въ практику и сталъ обычнымъ, такъ сказать—стильнымъ условіемъ всѣхъ актовъ. Всѣ нотаріусы предлагали женщинамъ отказываться отъ ихъ легальной ипотеки, какъ они предлагали имъ прежде отказываться отъ сенатусъ-консульта Веллейана. Всѣ злоупотребленія, порожденныя до XVI в. отвратительной практикой сенатусъ-консульта, возродились и при дѣйствіи кодекса: какъ прежде, такъ и теперь, испорченный языкъ

---

[1]) *Молчаливую передачу ипотеки* видѣли, напр., въ простомъ вступленіи жены въ договоръ продажи, на который мужъ изъявлялъ свое согласіе.

[2]) *Documents sur le régime hypothécaire*, т. II, стр 447.

[3]) Mourlon, *Transcription hypothécaire*, т. II, стр. 526.

практиковъ облекалъ условія объ отреченіи въ различныя и странныя формулы, которыхъ смыслъ оставался часто скрытымъ не только для сторонъ, но и для самихъ нотаріусовъ: какъ и во времена сенатусъ-консульта Веллейана, умножились процессы, послышались со всѣхъ сторонъ жалобы, и общественное мнѣніе взывало къ законодателю, подобно тому, какъ Лешасье обращался къ Генриху IV съ просьбой „извлечь, наконецъ эту дурную траву изъ поля правосудія" [1]).

Эти жалобы и воззванія приняли оффиціальный характеръ со времени большого разслѣдованія, предпринятаго въ 1843 г. правительствомъ по поводу недостатковъ ипотечной системы. Многіе суды подали тогда голосъ за распространеніе формы, предписанной кодексомъ для ограниченія законной ипотеки, на всѣ отреченія отъ нея и уступки со стороны женщинъ. Многіе юридическіе факультеты, вслѣдствіе излишняго, можетъ быть, пристрастія къ кодификаціи, предложили положить коротко конецъ всѣмъ спорамъ, вызываемымъ разнообразіемъ условій объ отреченіи, установленіемъ однихъ и тѣхъ же послѣдствій для всѣхъ этихъ условій, независимо отъ употребленныхъ въ нихъ формулъ [2]). Юридическій факультетъ въ Парижѣ выразилъ пожеланіе чтобы „женщина замужняя не могла болѣе ни обязываться, въ качествѣ ли поручителя за своего мужа, или совмѣстнаго и солидарнаго съ нимъ должника, ни отрекаться въ продолженіе брака отъ своихъ законныхъ гарантій, ни уступать ихъ, ни передавать, если только она не получала на всѣ эти дѣйствія разрѣшенія суда" [3]).

Когда нѣсколько лѣтъ спустя смѣнившее іюльскую монархію республиканское правительство снова поставило на очередь реформу ипотечнаго права, то было предложено и попало въ замѣчательный проэктъ закона 1851 г. слѣдующее счастливое нововведеніе: всякое отреченіе отъ ипотеки со стороны жены и всякая уступка ея должны были подвергаться двойной формальности—облеченія въ публичный актъ и отмѣтки въ ипотечныхъ книгахъ. Этотъ проэктъ реформы, слишкомъ долго откладывавшейся, обратился, наконецъ, въ законъ 23 марта 1855 г. Силой двухъ указанныхъ выше га-

---

[1]) См. выше, стр. 395.

[2]) *Docum. sur le rég. hypoth.*, т. II, стр. 279, 329 462, 473.

[3]) Ibid., стр. 450.

рантій—подлинности и публичности актовъ, новый законъ оградилъ сразу интересы какъ жены, такъ и кредиторовъ: интересы жены были ограждены тѣмъ, что, благодаря медленнымъ и торжественнымъ формамъ публичнаго акта, она не могла болѣе обязываться слегка, безъ размышленія и совѣта [1]); интересы же кредиторовъ ограждались тѣмъ, что, предупреждаемые ипотечными книгами, они всегда могли узнать, обладаетъ ли еще жена правами, о передачѣ которыхъ она объявляетъ, или уже перестала обладать ими.

Но устранилъ ли новый законъ всѣ вредныя послѣдствія прежнихъ договоровъ о передачѣ легальной ипотеки? Безъ сомнѣнія, нѣтъ; и если противоположный взглядъ могъ казаться возможнымъ одну минуту по появленіи закона, то довольно было нѣсколькихъ лѣтъ его примѣненія и опыта для того, чтобы устранить въ этомъ отношеніи всякую иллюзію. Несмотря на гарантію публичной формы, интересы жены продолжають страдать, такъ какъ законъ предписываетъ эту форму только для такихъ передачъ или отреченій, которыя переносятъ права на другое лицо („renonciations transmissives“), но пренебрегаетъ предписывать ту же форму какъ для отреченій, погашающихъ права отрекающагося лица („renonciations extinctives“), такъ и для личныхъ обязательствъ жены въ отношеніи кредиторовъ мужа. Между тѣмъ, такія отреченія и обязательства не менѣе разорительны для жены, чѣмъ прямыя отреченія [2]). Точно такъ же, несмотря на отмѣтку передачъ въ ипотечныхъ книгахъ, интересамъ кредиторовъ грозитъ еще не одна опасность: въ силу общей практики, освященной, повидимому, юриспруденціей [3]), признается достаточнымъ дѣлать эту отмѣтку на актѣ, получаемомъ женой отъ своего имени; эта же

---

[1]) Необходимо замѣтить, что законъ устанавливаетъ форму публичнаго акта не только для замужней женщины, но и для вдовы, что въ цѣломъ нашего права, не знающемъ неспособности женщины внѣ брака, составляетъ настоящую аномалію.

[2]) Mourlon, *Transcription hypothéc.* n. 1015, 1105.

[3]) См. Paris, 25 janvier 1851, 30 juin 1853, 30 aout 1853; ср. 27 fevrier 1857; Bourges, 18 mars 1854; Orléan, 27 fevrier 1857.—См. также *Journal de l'enregistrement*, art. 16, 258, n. 2068; *le Contrôleur*, т. XXXVI, стр. 444; *le Journal des conservateurs*, art. 1158; и статья Pont въ *Revue critique de législ.*, т. IX, стр. 97 и слѣд.

отмѣтка, отсутствуя въ ипотечной книгѣ, обращается въ ловушку и ложь, такъ какъ передача ипотеки можетъ быть совершена въ различныхъ мѣстахъ [1]).

Гдѣ же средства противъ такого множества злоупотребленій? Не лучше ли вырвать зло съ корнемъ и запретить безусловно всякое обязательство, всякую сдѣлку жены съ кредиторами мужа? Этотъ выходъ кажется особенно соблазнительнымъ въ виду бѣдственныхъ послѣдствій, сопровождающихъ такого рода обязательства. Отложимъ, однако, еще на нѣсколько минутъ наше рѣшеніе: познакомившись съ неудобствами порядка свободы договоровъ, освоимся теперь на системѣ приданаго съ неудобствами порядка запрещеній. Произведя этотъ двоиной опытъ, мы будемъ въ состояніи произнести о томъ и другомъ порядкѣ основанное на знаніи дѣла и безпристрастное сужденіе.

IV.

Система общности имуществъ супруговъ—новаго происхожденія, и языческая древность никогда не изобрѣла бы ея [2]). Какъ могло установиться предполагаемое этой общностью товарищество и сотрудничество супруговъ, когда одинъ изъ нихъ былъ заключенъ нравами въ *atrium* или гинекей, а другой проводилъ всю жизнь на форумѣ или *agora*? Могъ ли столь непрочный вслѣдствіе легкости разводовъ союзъ слить навсегда интересы супруговъ и произвести этимъ въ ихъ имуществѣ такое глубокое и окончательное измѣненіе? Античная древность сумѣла, напротивъ, организовать свой порядокъ супружескихъ отношеній, который былъ совершенно приспособленъ какъ къ неустойчивости брачнаго союза, такъ и къ неспособности женщины.—Этотъ же порядокъ, созданный для языческихъ нравовъ, но надѣленный римскимъ геніемъ той твердостью, которую онъ сообщалъ всѣмъ своимъ произведеніямъ, сохранился и въ христіанствѣ и въ современной цивилизаціи: это—наша система приданаго. Вмѣсто того, чтобы объеди-

---

[1]) Слѣдуя доктринѣ, принятой судебной практикой, кредиторъ подвергается и другой опасности—погашенію переданнаго ему права иска путемъ confusio, compensatio и т. д..—Cassat., 30 avril 1849, Dev. 49, 1, 465.

[2]) Между тѣмъ древній *manus* представляетъ нѣкоторое родство съ современной общностью супруговъ. См. выше, стр. 116.

нять супруговъ въ одну ассоціацію, эта система осуждаетъ женщину на бездѣйствіе; вмѣсто того, чтобы сливать интересы обоихъ супруговъ, она заботливо ихъ отдѣляетъ. Она относится къ приданому такъ, какъ недовѣрчивый законодатель относится къ имуществу неспособнаго: въ видахъ предупрежденія потери и расхищенія, она осуждаетъ приданое на неподвижность. Какія бы измѣненія ни происходили въ имущественномъ положеніи супруговъ, каковы бы ни были колебанія супружеской жизни, приданое должно всегда оставаться въ своей первоначальной цѣлости,—вотъ принципъ и основная цѣль системы приданаго.

Чтобы прійти къ этой цѣли, римскій законъ связывалъ руки какъ мужу, такъ и женѣ, такъ какъ онъ одинаково опасался и злоупотребленій власти со стороны перваго, и слабости, и увлеченій со стороны второй. Въ отношеніи къ мужу, онъ сводилъ постепенно его права на приданое къ ограниченному управленію имъ и простому пользованію [1]); въ отношеніи къ женѣ онъ, хотя и признавалъ права, въ которыхъ отказывалъ мужу, но заботливо парализировалъ ихъ отправленіе въ ея рукахъ.

Насъ занимаютъ здѣсь лишь наложенныя на жену ограниченія. Постараемся опредѣлить ихъ истинный характеръ и выяснить, какимъ образомъ, предоставляя женѣ все болѣе и болѣе широкія права и, подъ конецъ, даже настоящую собственность на ея приданое, законъ поражалъ, тѣмъ не менѣе, всѣ эти права безсиліемъ и неподвижностью.

Законодатель, задающійся мыслью помѣшать кому-нибудь распоряжаться его имуществомъ, можетъ прійти къ этому двумя очень различными путями. Онъ можетъ установить или неотчуждаемость собственности, или неспособность собственника. Для обезпеченія сохранности приданаго, римское право прибѣгло къ обоимъ этимъ средствамъ сразу: оно запретило одновременно и отчужденіе приданаго, и вступленіе замужней женщины въ извѣстныя обязательства, при чемъ то и другое запрещеніе въ нѣкоторыхъ пунктахъ сливались, а въ другихъ—взаимно дополнялись. Первое изъ этихъ запрещеній было выражено въ lex Julia, объявлявшей неотчуждаемость недвижимости, входящей въ приданое; второе—вытекало

[1]) Подъ римскимъ правомъ я понимаю здѣсь *писанное право*, слѣдовавшее данному ему Θеодосіемъ и Юстиніаномъ направленію.

изъ сенатусъ-консульта Веллейана и распоряженія *si qua mulier*, которыми женщина была объявлена неспособной поручаться за мужа и даже обязываться сообща съ нимъ.

Тѣсную связь между обоими запрещеніями, стремившимися къ общей цѣли, усмотрѣть нетрудно. Она объясняется логически и удостовѣряется исторіей. Одинъ и тотъ же законодатель запретилъ впервые и отчужденіе приданаго, и интерцессію жены въ пользу мужа [1]). Рожденные въ одно время, оба закона имѣли и одну судьбу. Юстиніанъ, усилившій въ своемъ кодексѣ абсолютность нормы о неотчуждаемости приданаго, установилъ въ своихъ новеллахъ болѣе строгія нормы и о неспособности замужней женщины. Когда Имперія пала, и варвары подѣлили между собою какъ ея территорію, такъ и учрежденія, то въ этомъ всеобщемъ, такъ сказать, дѣлежѣ lex Julia и сенатусъ-консультъ Веллейана остались тѣсно привязанными и, какъ бы, присоединенными другъ къ другу: всѣ новыя законодательства, реципировавшія lex Julia, непосредственно за ней усвоивали себѣ и сенатусъ-консультъ Веллейана. Колебанія, испытанныя этими законами особенно во Франціи, показали, какъ тѣсна и неразрывна была связь между ними: всѣ французскія провинціи, въ которыхъ царила lex Julia, оставались упрямо вѣрными и сенатусъ-консульту Веллейана, несмотря на отмѣнявшіе его ордонансы. Единственная провинція, Ліонэ, пробовала отвергнуть сенатусъ-консультъ и удержать принципъ неотчуждаемости приданаго; но эта проба немогла имѣть успѣха: законъ Юлія, лишенный поддержки сенатусъ-консульта, не замедлилъ раздѣлить его участь, и за ордонансомъ Генриха IV, освободившимъ замужнюю женщину отъ сенатусъ-консульта Веллейана, послѣдовалъ вскорѣ ордонансъ Людовика XIV, освободившій и недвижимость приданаго отъ закона Юлія [2]).

Что же сталось съ обоими античными учрежденіями при законахъ, управляющихъ нами въ настоящее время? Порвали ли, на-

---

[1]) Императоръ Августъ.—И въ наше время нелегко еще отдѣлить нормы lex Julia отъ нормъ сенатусъ-консульта. Деманжà (Demangeat, *du Fonds dotal*, стр. 215) удалось первому устранить по настоящему вопросу смѣшенія старой доктрины.

[2]) Необходимо замѣтить, что ордонасъ, 1664 г. отмѣнившій законъ Юлія, былъ изданъ *въ поясненіе* ордонанса 1606 г., отмѣнившаго законъ Веллейана. См. выше, стр. 398.

конецъ, редакторы нашихъ кодексовъ твердую связь этихъ учрежденій? Кодексъ Наполеона оставилъ въ нашемъ законодательствѣ мѣсто закону Юлія, но изгналъ изъ него сенатусъ-консультъ Веллейана. Не обманчивъ ли, однако, этотъ разрывъ, и не заключаетъ ли въ себѣ неотчуждаемость недвижимости приданаго въ томъ видѣ, какъ она организована кодексомъ, извѣстнаго рода *личной неспособности* замужней женщины, подчиняющейся системѣ приданаго? Остановимся нѣсколько минутъ на этомъ вопросѣ, затрогивающемъ, такъ сказать, сердце нашего предмета и заслуживающемъ обстоятельнаго разсмотрѣнія.

Одно изъ постоянно и единодушно признаваемыхъ судебной практикой послѣдствій правила о неотчуждаемости приданаго состоитъ въ томъ, что жена не можетъ заложить свое приданое, если бы оно заключалось даже въ одной движимости, и что всѣ обязательства, въ которыя она вступаетъ одна или сообща съ мужемъ, лишены силы и, какъ бы, ничтожны во всемъ, что касается приданаго [1]). Исходя отсюда, мы можемъ поставить точнѣе намѣченный выше вопросъ и формулировать его слѣдующимъ образомъ: если обязательство жены, которой имущество состоитъ въ приданомъ, лишено силы, то гдѣ опорочивающія это обязательство обстоятельства? Лежатъ ли они въ личности самой жены, въ недостаткѣ ея разумѣнія или свободы,—словомъ, въ неспособности должника,—или, напротивъ, эти опорочивающія обстоятельства имѣютъ отношеніе не къ личности, а къ вещи, составляющей предметъ обязательства, къ природѣ или назначенію этой вещи,—словомъ, не видимъ ли здѣсь мы только неотчуждаемаго имущества [2])?

---

[1]) Поэтому же жена не можетъ ни отказаться отъ своей ипотеки, ни передать ее. Ср. декр. 28 февр. 1852 г., art. 20; законъ 23 марта 1855 г., art. 9.

[2]) См. по этому тонкому вопросу разсужденіе Deloynes въ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, стр. 541 и слѣд. Ср. Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, т I, стр. 515—527 (*femme mariée, incapacité contractuelle*); de Folleville, *De l'incapacité de s'obliger, stipulée dans un contrat de mariage;* Ch. Lyon Caen, note dans Dev. 1878, II, 161; Vavasseur, *Revue critique*, 1878, стр. 289; Challamel, *Revue critique*, 1880, стр. 1; Cass., 22 déc. 1879, Dev. 80, 1, 125.

Поспѣшимъ замѣтить, что разрѣшеніе этого вопроса интересно не только съ точки зрѣнія научной любознательности, но что имъ затрогиваются и весьма разнообразные и существенные практическіе интересы. Прежде чѣмъ выбирать между тѣмъ или другимъ рѣшеніемъ проблемы, отдадимъ себѣ ясный отчетъ въ тѣхъ практическихъ послѣдствіяхъ, къ которымъ ведетъ каждое изъ этихъ рѣшеній.

Допустимъ на минуту первое изъ нихъ и будемъ разсуждать такъ, какъ бы жена, подчиняясь системѣ приданаго, должна была быть *неспособной обязываться*. Порокъ заключенныхъ ею обязательствъ лежалъ бы тогда въ самомъ источникѣ ихъ возникновенія, т.-е. въ волѣ жены, которая, опредѣляясь, по предположенію, вліяніемъ мужа, не была бы ни достаточно свободна, ни достаточно просвѣщена. Это былъ бы порокъ въ самомъ основаніи обязательства, и для того, чтобы узнать, поражено ли имъ обязательство, намъ приходилось бы восходить всегда къ самому моменту его установленія. Вотъ принципъ, и изъ него могутъ быть извлечены слѣдующія практическія послѣдствія:

1. Обязательство, заключенное женой во время состоянія ея въ бракѣ, ничтожно и остается таковымъ даже послѣ прекращенія брака и обращенія приданаго въ свободное имущество. И это понятно, такъ какъ долгъ, который считается сдѣланнымъ женой подъ давленіемъ мужа, не можетъ воспринять противъ нея силу и по вступленіи ея во вдовство.

2. Обязательство, заключенное женой передъ вступленіемъ ея въ бракъ, дѣйствительно и остается таковымъ, хотя бы, по вступленіи въ бракъ, ея имущество и стало подъ дѣйствіе нормъ, опредѣляющихъ собою систему приданаго. И какъ бы она могла, въ самомъ дѣлѣ, уничтожить одна связывающее ее обязательство, разъ это послѣднее было заключено еще въ то время, когда она была вполнѣ независима и способна?

3. Обязательство жены, хотя и возникшее въ теченіе брака, дѣйствительно, если оно возникло помимо ея воли, напр. въ силу деликта, или подобныхъ деликту дѣйствій (такъ наз. „quasi-деликтовъ“) или отношеній, подобныхъ договорнымъ (такъ наз. „quasi-контрактовъ“). Здѣсь нѣтъ порока въ обязательствѣ, такъ какъ этотъ порокъ долженъ лежать въ волѣ жены.

4. Жена, сдѣлавшись вдовой, можетъ подтвердить обязательство, заключенное ею во время состоянія въ бракѣ, и покрыть этимъ путемъ его недѣйствительность. Нельзя предполагать обязательство вынужденнымъ или вымaненнымъ, когда заключившее его лицо, возвращаясь къ независимости и свободѣ, опровергаетъ само это предположеніе.

Таковы практическія послѣдствія, къ которымъ приводитъ неминуемо доктрина неспособности жены.

Возьмемъ теперь доктрину неотчуждаемости приданаго, и мы увидимъ, что по всѣмъ указаннымъ пунктамъ она ведетъ къ діаметрально противоположнымъ результатамъ.

Обязательства жены, скажемъ мы, вступая въ эту систему, совершенно дѣйствительны сами по себѣ; неотчуждаемость приданаго составляетъ внѣшнее препятствіе только для ихъ исполненія. Поэтому, и при обсужденіи силы этихъ обязательствъ, мы должны всегда имѣть въ виду не моментъ ихъ возникновенія, а моментъ исполненія, когда кредиторъ ищетъ платежа. Таковъ принципъ, изъ котораго вытекаютъ слѣдующія послѣдствія:

1. Обязательство, заключенное женою въ продолженіе брака, вступаетъ въ силу тотчасъ же по прекращенія брака, такъ какъ единственное препятствіе къ осуществленію права кредитора, состоящее въ неотчуждаемости имущества, въ его характерѣ приданаго, исчезаетъ вмѣстѣ съ бракомъ.

2. Обязательство, заключенное женщиной передъ бракомъ, теряетъ свою силу когда, вступая въ бракъ, она ставитъ все свое имущество подъ защиту закона о приданомъ. Кредиторъ не можетъ болѣе направить свое взысканіе на имущество, обращенное въ приданое—такъ же, какъ онъ не можетъ направить его и на имущество, подвергшееся отчужденію, такъ какъ оба случая представляютъ въ сущности одинъ и тотъ же актъ распоряженія управомоченнаго лица его имуществомъ. Единственное право, которое остается за кредиторомъ, когда его должница распоряжается своимъ имуществомъ, превращая его въ приданое, это-то, которое законъ предоставляетъ каждому кредитору, когда онъ дѣлается жертвой отчужденія, направленнаго въ ущербъ его интересамъ; это—право иска объ отмѣнѣ произведеннаго отчужденія.

3. Къ какой бы эпохѣ ни восходило обязательство, изъ какого бы источника оно ни возникло, осуществленіе его невозможно въ

отношеніи къ приданому. Не все ли равно, что́ лежитъ въ основаніи обязательства, договоръ, деликтъ, или дѣйствіе, подобное тому или другому? Развѣ законъ дѣлаетъ такія различія, когда онъ объявляетъ тѣ или другія имущества неподлежащими взысканію? Развѣ платье должника, его постель, необходимые для его питанія предметы и т. д. перестаютъ быть имуществомъ, на которое не распространяется взысканіе, отъ того, что право кредитора основано на quasi-деликтѣ или quasi-контрактѣ? Въ такое же положеніе ставитъ законъ и приданое, этотъ священный залогъ семьи.

4. Наконецъ, послѣдующія одобренія или подтвержденія женой своихъ обязательствъ здѣсь, очевидно, безполезны. Такъ какъ порокъ обязательства лежитъ не въ волѣ должника, то не въ ней можетъ быть и средство для его излѣченія.

Выяснивъ практическіе результаты обѣихъ теорій, мы сдѣлали значительный шагъ къ окончательному разрѣшенію занимающаго насъ вопроса, такъ какъ судебная практика уже высказалась по всѣмъ приведеннымъ выше контраверзнымъ пунктамъ, и вотъ каковы ея рѣшенія:

1-е. Обязательство, заключенное женой въ продолженіе брака, не дѣлается дѣйствительнымъ по прекращеніи брака: несмотря на то, что имущество жены перестаетъ быть приданымъ и возвращаетъ себѣ свободу, кредиторъ не можетъ обратить на него свое взысканіе [1]).

2-е. Обязательство, заключенное женщиной до брака, сохраняетъ свою силу и по совершеніи брака, и по подчиненіи супруговъ системѣ приданаго: несмотря на то, что имущество жены дѣлается неотчуждаемымъ, кредиторъ, ставшій таковымъ до брака, можетъ всегда обратить свое взысканіе и на это имущество [2]).

3-е. Обязательство—дѣйствительно и распространяется даже на приданое, когда жена оказывается обязанной независимо отъ своей воли, въ силу своего деликта, quasi-деликта, а иногда даже и quasi-контракта [3]).

4-е. Наконецъ, недѣйствительность обязательства относительна и можетъ быть покрыта явнымъ или молчаливымъ одобреніемъ

[1]) Cassat. (ch. réun.), 7 juin 1864, Dev. 64, 1, 201; Bordeaux, 23 mars 1865, Dev. 65, 2, 334.

[2]) Art. 1558, 3°. Montpellier, 7 janv. 1830, Dev. 30, 2, 69.

[3]) Cassat., 15 juin, 1864, Dev. 64, 1, 363. Agen, 6 fevr. 1865, Dev. 65, 2, 240.

жены, когда она, по прекращеніи брака, дѣлается снова свободной [1]).

Нетрудно резюмировать эти рѣшенія и свести ихъ къ общему принципу. Торжествующей по всей линіи оказывается доктрина личной неспособности замужней женщины: не будучи формулирована ни въ одномъ рѣшеніи, она предполагается всѣми, такъ какъ изъ всѣхъ перечисленныхъ выше практическихъ послѣдствій этой доктрины нѣтъ ни одного, которое не было бы освящено судами.

И нельзя ли, въ самомъ дѣлѣ, сказать, что эта доктрина лучше всего приспособлена къ потребностямъ практики и болѣе всего соотвѣтствуетъ природѣ вещей? Что̀ служитъ настоящимъ основаніемъ для той совокупности привиллегій и исключеній изъ общаго права, которая носитъ названіе системы приданаго? Есть ли это какое-нибудь исключительное назначеніе приданаго въ настоящей системѣ? Нѣтъ, такъ какъ приданое въ этой системѣ имѣетъ то же назначеніе, ту же природу, что и во всѣхъ другихъ системахъ; къ нему примѣняется то же юридическое опредѣленіе. Отличительная черта системы приданаго заключается, поэтому, не въ назначеніи приданаго въ этой системѣ, а въ положеніи женщины, въ роли, приписываемой ей закономъ, въ супружескомъ хозяйствѣ,— словомъ, въ неспособности жены. Не дѣлаясь, какъ при нашей системѣ супружескихъ отношеній общаго права (т.-е. системѣ общности имуществъ), свободнымъ и активнымъ товарищемъ мужа, она остается при системѣ приданаго въ настоящее время, какъ и въ античной древности, совершенно отдѣленной въ своихъ интересахъ отъ мужа и осужденной личной неспособностью къ уединенію и бездѣйствію. Это, безъ сомнѣнія, странное видоизмѣненіе положенія женщины при законодательствѣ, которое гордится своимъ единообразіемъ; но оно отвѣчаетъ, можетъ быть, дѣйствительнымъ потребностямъ. Естественная способность женщины и то состояніе зависимости, въ которое она попадаетъ, вступая въ бракъ, измѣняются въ соотвѣтствіи съ ея возрастомъ, воспитаніемъ, характеромъ; такъ же измѣняются и опасности вліянія мужа въ соотвѣтствіи съ характеромъ человѣка, котораго она выбираетъ себѣ мужемъ. Кто можетъ лучше судить о всѣхъ этихъ обстоя-

---

[1]) Ср. Bordeaux, 20 déc. 1832, Dev. 33, 2, 279.

тельствахъ, какъ не семейства, которымъ принадлежатъ новобрачные? Ихъ благоразумію и осторожности законъ довѣряетъ составленіе того важнаго договора, который служитъ, по выраженію одного юриста, „хартіей домашняго очага“ [1]). Возможно, что неопытность молодой невѣсты, или привычки къ расточительству молодого жениха внушаютъ родителямъ опасенія относительно будущаго хозяйства юной четы. Законъ входитъ въ эти опасенія и отдаетъ себя въ распоряженіе недовѣрчивыхъ семействъ; для нихъ онъ и организуетъ систему приданаго, этотъ видъ предупредительнаго режима, который для того, чтобы охранить приданое, осуждаетъ мужа на безсиліе, а жену на неспособность. О женщинѣ, которая принимаетъ подобный режимъ, можно сказать, что она сама исповѣдуетъ свою природную неспособность и призываетъ на помощь своей слабости покровительство закона. Такимъ образомъ, система приданаго въ настоящее время та же, какой она была во всѣ времена; это—помощь, предложенная слабости женщины: *fragilitati uxoris, mariti seductionibus facile deceptae et propria negligentis jura?* [2]) Словомъ, запрещеніе отчуждать приданое есть въ сущности ничто иное, какъ правило правоспособности.

Принявъ постоянство этого принципа, нужно провести до конца и вытекающія изъ него послѣдствія. Я укажу на нѣкоторыя изъ нихъ, особенно заслуживающія быть отмѣченными.

1-е. Обязательство, заключенное женой во время брака, будучи недѣйствительно въ своемъ основаніи, остается таковымъ даже послѣ ея смерти. Не только прямые, но даже боковые ея наслѣдники могутъ ссылаться на эту недѣйствительность и пользоваться такимъ образомъ привиллегіей, установленной вовсе не для нихъ [3]).

2-е. Это обязательство будетъ недѣйствительно даже въ томъ случаѣ, если жена или ея наслѣдники обмѣняютъ, по прекращеніи брака, имущества, составлявшія приданое, на другія. Почему же законъ задѣваетъ и новыя имущества, никогда не входившія въ составъ приданаго? Эти имущества не будутъ, конечно, неотчуждаемыми, такъ какъ они не составляютъ приданаго. Но развѣ изъ

---

[1]) Troplong, *Traité du contrat de mariage*, т. I, стр. 11.

[2]) L. unic. § 15, C. V., 13; *nov.* 61, c. 1, § 2.

[3]) Paris, 16 janv. 1858, Dev. 58, 2, 502; *contra* Bordeaux, 23 mars 1865 Dev. 65, 2, 334.

ихъ способности къ отчужденію слѣдуетъ то, что на нихъ должно падать взысканіе по недѣйствительному въ своемъ основаніи обязательству? А таково именно и есть обязательство, выданное женой въ то время, когда она была еще неспособна обязываться. Если бы настоящій вопросъ рѣшался иначе, то продажа и обмѣнъ имуществъ, составляющихъ приданое, оказались бы фактически невозможными, такъ какъ продавать и обмѣнивать эти имущества значило бы въ дѣйствительности предоставлять ихъ задаромъ кредиторамъ, лишеннымъ законныхъ титуловъ; тогда подъ дѣйствіе закона о неотчуждаемости попали бы какъ разъ тѣ имущества, которыя должны быть свободны отъ него [1]).

3-е. Обязательство, подписанное въ теченіе брака женой, все имущество которой состоитъ въ приданомъ, недѣйствительно даже въ отношеніи того имущества, которое достается ей и по прекращеніи брака. Если бы это было не такъ, то гарантіи системы приданаго превращались бы часто въ иллюзію, и предусмотрительность родителей, устанавливающихъ эти гарантіи, не достигала бы такъ же часто своей цѣли. Договариваясь о томъ, чтобы все настоящее и будущее имущество невѣсты составляло ея приданое, родители желаютъ обыкновенно помѣшать тому, чтобы имущество, которому дочь наслѣдуетъ послѣ ихъ смерти, могло поступить въ добычу кредиторовъ ея мужа. Но неужели ихъ ожиданія должны быть обмануты въ томъ случаѣ, если они умираютъ уже послѣ того, какъ ихъ дочь выходитъ изъ состоянія брака? Неужели въ этомъ случаѣ долгамъ мужа, по которымъ жена вступила неосторожно въ поручительство, суждено поглотить все ихъ наслѣдство [2])?

4-е. Наконецъ, обязательство, заключенное женой въ отношеніи къ своему приданому, недѣйствительно даже въ томъ, въ чемъ оно касается ея отдѣльнаго имущества. Правда, что въ отношеніи къ послѣднему жена не можетъ считаться неспособной. Это имущество стоитъ, какъ бы, внѣ общаго хозяйства, и въ распоряженіи имъ жена пользуется извѣстной свободой дѣйствій. Но дѣло

---

[1]) Я заимствую настоящія замѣчанія, какъ и много другихъ, изъ диссертаціи Labbé въ *Revue crit. de législ.*, т. IX, стр. 1 и слѣд.

[2]) См. по этому вопросу статью Демоломба въ *Revue de législ.* т. II, стр. 282.

принимаетъ совсѣмъ другой видъ, когда она вмѣшивается въ управленіе приданымъ: здѣсь все зависитъ отъ мужа, какъ господина, и ничего изъ того, что дѣлаетъ жена, не имѣетъ силы. Судебная практика освящала этотъ принципъ, когда, слѣдуя традиціямъ римскаго и „писаннаго" права [1]), она отказывала въ искѣ и на отдѣльное имущество жены тому, кто покупалъ недвижимость приданаго подъ соотвѣтствующей гарантіей жены [2]).

Мнѣ извинятъ, надѣюсь, пространность этого юридическаго разсужденія, какъ какъ имъ вскрывается, если я не ошибаюсь, фактъ чрезвычайный важности: это—скрытое существованіе сенатусъ-консульта Веллейана даже въ нашемъ современномъ законодательствѣ. Что представляетъ собою, въ самомъ дѣлѣ, эта неспособность жены въ системѣ приданаго, какъ не древнюю римскую неспособность, запрещеніе женѣ поручаться за мужа, въ связи съ тѣмъ предположеніемъ что всякое обязательство жены есть не что иное, какъ интерцессія въ пользу мужа? Безъ сомнѣнія, сенатусъ-консультъ Веллейана исчезъ изъ нашихъ кодексовъ; новый законодатель хотѣлъ его уничтожить. И сохраняя принципъ закона Юлія, онъ думалъ разорвать связь, всегда существовавшую между этимъ закономъ и сенатусъ-консультомъ. Но эта связь была слишкомъ тѣсна: вопреки редакторамъ кодекса, принципъ Веллейановской неспособности проскользнулъ въ нашу судебную практику украдкой, въ одеждѣ неотчуждаемости приданаго; и послѣ этого послѣдняго опыта въ законодательной практикѣ мы имѣемъ, кажется, право заключить съ достаточной достовѣрностью, что принципъ неотчуждаемости приданаго не можетъ существовать безъ сенатусъ-консульта Веллейана.

Таково скрытое и, нѣкоторымъ образомъ, узурпированное мѣсто, занимаемое сенатусъ-консультомъ Веллейана въ самомъ центрѣ нашихъ современныхъ учрежденій. Какое же мѣсто ему должно бы быть удѣлено въ лучшемъ законодательствѣ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы дадимъ въ слѣдующей и послѣдней главѣ нашего сочиненія.

---

[1]) Nov. 61, c. 1, §§ 1, 2 и 4.

[2]) Cp. Riom, 12 août 1844, Dev. 44, 2, 592; Agen, 17 juil. 1848, Dev. 48, 2, 602; Cassat., 20 juin 1853, Dev. 54, 1, 5.

ГЛАВА IV.

Критика и заключенiе.

Мы приходимъ къ концу нашего изслѣдованiя. Медленный прогрессъ нравовъ и законовъ, который вывелъ женщину изъ унизительнѣйшаго рабства для того, чтобы поднять ее на высшiя ступени гражданскаго равенства, прослѣженъ нами во всѣхъ пройденныхъ имъ колебанiяхъ. Мы знаемъ теперь, въ какiя законныя границы поставлена правоспособность женскаго пола у большинства цивилизованныхъ народовъ. Намъ остается только свести всѣ приведенные факты къ общему принципу и вывести изъ нихъ соотвѣтственное поученiе. Наконецъ, намъ нужно найти справедливое и истинное разрѣшенiе проблемы, которая такъ часто ставилась и такъ различно рѣшалась: одинакова ли для обоихъ половъ должна быть гражданская способность къ обязыванiю себя?

Чтобы дать этому вопросу, поставленному, можетъ быть, слишкомъ абстрактно и обще, болѣе точную форму и болѣе практичное направленiе, мы сдѣлаемъ лучше, если передадимъ его въ тѣхъ самыхъ выраженiяхъ, въ какихъ онъ былъ предложенъ академической программой, послужившей поводомъ къ настоящему сочиненiю. Вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ: возстановлять или нѣтъ въ современномъ законодательствѣ запрещенiя сенатусъ-консульта Веллейана?

Такъ поставленный вопросъ разлагается на два отличныхъ другъ отъ друга элемента. Мы знаемъ, что сенатусъ-консультъ устанавливаетъ однимъ и тѣмъ же распоряженiемъ два рода неспособности, весьма несходные между собою—и по лежащимъ въ ихъ основанiи принципамъ, и по сопровождающимъ ихъ послѣдствiямъ: одну неспособность, такъ сказать, *соцiальную*, не позволяющую женщинѣ поручаться за постороннее лицо, и другую—чисто *домашнюю*, не позволяющую поручаться женѣ за своего мужа. Мы разсмотримъ поэтому одну за другой двѣ большiя законодательныя проблемы, касающiяся положенiя женщины: какова должна быть ея способность въ обществѣ? и какова должна быть ея способность въ семьѣ? Раздѣленiе обоихъ вопросовъ, обусловливае-

мое ихъ предметомъ, соотвѣтствуетъ, кромѣ того, и принятому нами въ предшествующей главѣ порядку изложенія.

I.

Сенатусъ-консультъ Веллейана прославлялся долго въ школѣ прежнихъ юристовъ какъ законъ, полный мудрости, и въ этой похвалѣ было нѣчто бо́льшее, чѣмъ та обычная дань, которая платилась въ старое время законнымъ нормамъ, внесеннымъ въ Пандекты. Если я не сильно ошибаюсь, то этотъ сенатусъ-консультъ имѣетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ особыя права на уваженіе и со стороны просвѣщенныхъ юристовъ. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ не признать высокой мудрости римскаго права въ тѣхъ ограниченіяхъ и специальныхъ предосторожностяхъ, которыми оно окружаетъ такой опасный договоръ какъ поручительство [1]). Менѣе предусмотрительности обнаруживаетъ, можетъ быть, современный законодатель, когда онъ обставляетъ всевозможными охранительными формами договоръ даренія и не дѣлаетъ ничего подобнаго въ отношеніи поручительства. Если поручительство—не дареніе въ юридическомъ смыслѣ этого слова, то развѣ на дѣлѣ оно не представляетъ собою такой же даровой, а часто и такой же убыточной для поручителя услуги, какъ и прямое дареніе? Со многихъ точекъ зрѣнія поручительство представляетъ даже болѣе опасностей, чѣмъ дареніе въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Прежде всего, мы легче рѣшаемся на него, соображаясь съ несчастнымъ положеніемъ должника, который проситъ насъ о помощи, и съ вѣроятностью надежды оказать ему услугу, которая не обойдется намъ ни во что. Затѣмъ, и послѣдствія поручительства въ извѣстномъ смыслѣ тяжелѣе послѣдствій даренія: права кредиторовъ, которымъ законъ обезпечиваетъ ихъ требованія по договору поручительства, не допускаютъ тѣхъ смягченій, какія допускаютъ права лицъ, пріобрѣтающихъ что-либо по даренію; отъ одареннаго въ отношеніи къ дарителю законъ можетъ ожидать извѣстной мягкости, которой онъ не хочетъ навязывать кредитору, отыскивающему лишь то, что ему должны. Если бы за-

---

[1]) Сенатусъ-консультъ Веллейана связывается въ этомъ отношеніи съ законами *Furia*, *Cornelia*, *Publilia*.

конъ пошелъ на это, онъ отнялъ бы у поручительства всѣ его выгоды, и этотъ договоръ пересталъ бы служить полезнымъ орудіемъ личнаго кредита въ тотъ день, когда законодатель, внушенный дурно истолкованнымъ чувствомъ благорасположенія къ поручителю, вздумалъ бы затруднить или ослабить дѣйствіе поручительства въ пользу кредитора [1]. Если же законъ не можетъ помочь поручителю смягченіемъ послѣдствій его обязательства, то въ чемъ выразится эта помощь, какъ не въ томъ, чтобы окружить самое возникновеніе такого рискованнаго, какъ поручительство, договора возможно большими предосторожностями и гарантіями? Но не будемъ останавливаться на этихъ соображеніяхъ, имѣющихъ лишь второстепенное значеніе для нашего изслѣдованія. Ими, безъ сомнѣнія, можно объяснить, почему поручительство сдѣлалось предметомъ спеціальнаго регулированія со стороны сенатусъ-консульта Веллейана, но нельзя объяснить, почему этотъ законъ, проводя различіе между полами, поражаетъ одинъ изъ нихъ такой неспособностью, которой другой вовсе не затрогивается. И съ этой именно стороны, которой мы сейчасъ и займемся, сенатусъ-консультъ Веллейана представляетъ еще въ наши дни обширное и плодотворное поле для изслѣдованія.

Поставимъ съ самаго начала вопросъ на почву принциповъ. Къ своей чести, юридическая наука разыскиваетъ, прежде всего, не то, что удобнѣе и полезнѣе, а то, что справедливо и правильно. Поэтому мы и спрашиваемъ: соотвѣтствуетъ-ли элементарнымъ требованіямъ справедливости законъ, отымающій у женщины вполнѣ или отчасти способность ея обязывать себя въ отношеніи другихъ? Вотъ вопросъ, прежде всего подлежащій нашему разсмотрѣнію.

Въ силу принципа, долго игнорированнаго, но громко провозглашеннаго современной наукой, не во власти законодателя отказывать человѣку въ свободномъ пользованіи тѣми способностями, которыми надѣлила его природа, — лишь бы онъ не злоупотреблялъ ими. Положительный законъ нарушаетъ этотъ принципъ, когда онъ закрываетъ женщинѣ ту или другую отрасль торговли и гражданскихъ сдѣлокъ. Онъ нарушаетъ этотъ прин-

---

[1]) Какимъ, напр., ограниченіемъ не подвергалось такъ наз. *beneficium discussionis!*

ципъ и вступаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою, когда, признавая за женщиной титулъ и права собственника, онъ же лишаетъ ее того кредита, который составляетъ одно изъ законныхъ преимуществъ и одинъ изъ существенныхъ элементовъ собственности. Говорятъ, что женщины не имѣютъ повода жаловаться на подобное ограниченіе ихъ правоспособности, такъ какъ, отнимая у нихъ кредитъ, законъ дѣйствуетъ въ ихъ собственномъ интересѣ изъ опасенія того, чтобы онѣ не злоупотребляли кредитомъ въ ущербъ себѣ. Но мы далеки отъ этого сквернаго софизма, съ помощью котораго оправдывались всѣ роды рабства. Каждый человѣкъ имѣетъ не только право, но и обязанность дѣлать лучшее употребленіе изъ всѣхъ своихъ физическихъ и нравственныхъ силъ, и законы, осуждающіе его на то, чтобы тѣ или другія изъ этихъ силъ оставались въ бездѣйствіи или неподвижности, были бы всегда несправедливыми и вредными законами, какими бы предлогами ихъ ни прикрывали. Если же это вѣрно относительно всякаго законнаго запрещенія, посягающаго на естественныя способности людей, то что сказать о законѣ, который, ограничивая ихъ способность къ обязыванію себя, освобождалъ бы еще должника отъ обязательства, свободно и добровольно принятаго имъ на себя? Принципъ, требующій отъ каждаго должника вѣрности его слову и платежа по его долгу, есть, безъ сомнѣнія, элементарный принципъ всякаго гражданскаго общества. Но благодаря сенатусъ-консульту Веллейана, этотъ принципъ отмѣняется въ отношеніи женщины: она свободна играть своимъ обѣщаніемъ и рвать въ клочки ею же подписанное обязательство: самъ законъ уполномочиваетъ и зоветъ ее на это. Намъ говорятъ, что женщина можетъ быть обманута, ея обязательство вырвано у ея слабости и взято врасплохъ у ея неопытности. Но какъ назвать логику и мораль, которыя изъ опасенія того, что кредиторъ можетъ иногда обмануть своего должника, разрѣшали бы этому последнему обманывать всегда своего кредитора!

Такимъ образомъ, всякая законная неспособность есть зло. Но я признаю, что въ иныхъ случаяхъ это зло приходится считать неизбѣжнымъ. Если кто-нибудь сходитъ съ ума, или родители, захваченные преждевременной смертью, оставляютъ малолѣтнихъ дѣтей, которымъ нельзя предоставить самостоятельное пользованіе ихъ имуществомъ, то мы будемъ имѣть дѣло со случайностью и,

какъ бы, нарушеніемъ естественнаго хода вещей. Законъ долженъ исправить въ мѣрѣ возможнаго происходящее отсюда зло и покрыть сумасшедшаго и малолѣтнихъ охраняющей ихъ неспособность опекой. Но можно-ли разсматривать женщину, хотя бы въ отношеніи къ извѣстнаго рода обязательствамъ, такъ, какъ бы она была сумасшедшая или малолѣтняя? Многіе юристы утверждаютъ это, и мы разберемъ сейчасъ ихъ соображенія.

Я нахожу у одного юриста XVI в. очень точную и любопытную сводку всѣхъ обвинительныхъ пунктовъ, выставленныхъ юристами противъ женщины. „Среди дурныхъ качествъ, отличающихъ женщину, говоритъ этотъ авторъ [1]) можно указать на слѣдующія 9 дурныхъ качествъ. Во-1-хъ, по своей природѣ, женщина склонна сама наносить себѣ вредъ, какъ это изложено въ *l. 4 C. de spons.* Во-2-хъ, по своей природѣ, она очень жадна. *C. de donat. ant. nupt., L. si a sponso.* Въ-3-хъ, ея желанія слишкомъ внезапны. *C. de inoff. test., L. filia.* Въ-4-хъ, воля ея зла. *D. de off. proc. et. leg , L. observ.* Въ-5-хъ, по природѣ, она склонна къ фиглярству. *L. 1 de postul.* говоритъ о женщинѣ, которая называлась Калпурніей и которую можно было бы сравнить съ сорокой. Далѣе, женщины лживы, почему ихъ не принимаютъ и въ въ свидѣтели по завѣщанію. *Inst. de test. § testes.* Онѣ дѣлаютъ всегда противное тому, что имъ приказываютъ, *juxta illud: Semper prompta rei quae prohibetur ei. Ext. de mat. cont. int.* Потомъ, женщины легко отступаются, выражаютъ себѣ порицаніе и разсказываютъ о собственномъ стыдѣ. *Ext. de divor. cap. ex litteris.* Наконецъ, онѣ вѣроломны и лукавы, почему одинъ законъ и говоритъ, что всякій долженъ быть доволенъ, если онъ избѣгаетъ при встрѣчѣ съ ними какъ выгоды, такъ и потери. *De jure dotium, L. quoties.* Св. Августинъ замѣчалъ что женщина—животное, не имѣющее ни твердости, ни постоянства, что она полна ненависти въ отношеніи къ мужу, уснащена зломъ, отъ нея - всѣ споры и тяжбы, и она — на пути всѣхъ несправедливостей". Я процитировалъ до конца эту смѣшную филиппику противъ женщины только потому, что она точно воспроизводитъ всеобщее среди юристовъ древности и вплоть до XVII в. предубѣж-

---

[1]) *Le songe de Verger*, кн. I, гл. CXLVII.—Я беру эту цитату изъ сочиненія Лабулэ, *Recherches sur la condition des femmes*, стр. 460.

деніе. Кромѣ того, въ основаніи всѣхъ старыхъ и до сихъ поръ еще не вполнѣ упраздненныхъ законовъ о неспособности женщины лежатъ все тѣ же аргументы, о силѣ которыхъ можно судить по приведенному образчику. Выставить эти аргументы цѣликомъ, и въ ихъ наивной формѣ—развѣ это не лучшій способъ раздѣлаться съ ними?

Новые юристы не говорятъ, безъ сомнѣнія, что женщина есть „животное, полное ненависти и зла". Отказывая ей еще въ отправленіи нѣкоторыхъ гражданскихъ правъ, они дѣлаютъ это, по ихъ утвержденію, только потому, что женщина не имѣетъ знаній въ правѣ и опытности въ дѣлахъ. Что она не знаетъ права, съ этимъ можно согласиться. Но развѣ она не знаетъ его въ большей степени, чѣмъ тѣ милліоны французскихъ гражданъ, которые, къ стыду нашей цивилизаціи, не переступали никогда за порогъ школы? И можно ли ставить условіемъ гражданской способности университетскій дипломъ, который, увы, оказывается слишкомъ часто обманчивой гарантіей! Можно согласиться и съ тѣмъ, что женщина не имѣетъ опытности въ дѣлахъ; но кого же винить въ этомъ, какъ не тѣхъ, кто запрещаетъ ей заниматься ими? Если бы гражданская способность зависѣла отъ опытности въ дѣлахъ, то какъ опредѣлить возрастъ, который служилъ бы предѣломъ и для мужского несовершеннолѣтія? Пора поэтому перестать ссылаться на слабость, неопытность и интересъ самой женщины, какъ на основанія ограниченія ея въ ея правахъ. И мы уже видѣли, что не здѣсь слѣдуетъ искать историческій источникъ сенатусъ-консульта Веллейана [1]). Причины его лежатъ скорѣе въ интересахъ нравственности и публичнаго порядка, и съ этой новой точки зрѣнія мы и взглянемъ теперь на вопросъ.

Начнемъ съ того, что признаемъ за требованіями публичной нравственности ихъ законную долю вліянія. Въ интересахъ порядка и добрыхъ нравовъ всѣ законодатели, какъ бы съ общаго согласія, лишаютъ женщинъ участія въ политическихъ правахъ. Во всѣ времена и у всѣхъ народовъ, инстинктъ, какъ бы, подсказываетъ людямъ, что женщина, если бы она вышла изъ тѣни и мира домашняго очага на свѣтъ площади и бури публичной жизни, потеряла бы нѣчто изъ того обаянія, которое исходитъ отъ нея, и

---

[1]) См. выше, стр. 149 и слѣд.

того уваженія, котораго предметомъ она служитъ. Положеніе о политическомъ равенствѣ обоихъ половъ, поддержанное еще недавно писателемъ, котораго талантъ равенъ смѣлости [1]), есть и, можетъ быть, останется навсегда ничѣмъ инымъ, какъ блестящимъ парадоксомъ. Но вопросъ идетъ здѣсь не о политическихъ правахъ. Пусть законъ заключаетъ женщину въ кругъ частной жизни, но, по крайней мѣрѣ, въ этой скромной области онъ долженъ предоставить ей свободу и возможность дѣятельности. Идя далѣе, поражая ее неспособностью и безсиліемъ даже въ гражданскихъ отношеніяхъ, онъ не только не покровительствуетъ общественной нравственности, а, напротивъ, производитъ на нее роковое вліяніе. Уча мужа видѣть въ своей женѣ существо низшаго порядка, неспособное или недостойное соединяться съ нимъ въ важнѣйшихъ и серьёзнѣйшихъ актахъ его жизни, законъ убиваетъ въ немъ то чувство уваженія къ женщинѣ, которое служитъ животворнымъ источникомъ, питающимъ какъ частныя добродѣтели, такъ и общественные нравы. Въ подтвержденіе этого можно сослаться на всю исторію: каждый шагъ, сдѣланный женщиной на пути къ гражданскому равенству, велъ въ то же время къ очищенію и смягченію общественныхъ нравовъ.

Если опираться на публичный интересъ, то гражданской свободы для женщины можно требовать не только во имя справедливости и права, но и во имя экономическихъ соображеній и общественной пользы.

Мыслимо ли, чтобы общество, которое можетъ обогащаться и процвѣтать только черезъ комбинированную работу всѣхъ своихъ членовъ, не терпѣло ущерба отъ того, что огромная часть этихъ членовъ осуждается на безсиліе и неподвижность? Ущербъ, который оно неминуемо терпитъ, даже глубже, чѣмъ это могло бы показаться съ перваго взгляда. Ни одинъ законодатель не имѣетъ власти парализировать или уничтожить чью бы то ни было природную дѣятельность—такъ же, какъ ни одинъ законодатель не можетъ измѣнить человѣческую природу. Все, что онъ могъ бы сдѣлать, это обратить полезную дѣятельность во вредную, и это онъ дѣлаетъ всякій разъ, когда объявляетъ неспособнымъ къ дѣятельности того, кто способенъ на нее въ силу своей природы. Этимъ зако-

[1]) Дж. Ст. Милль, *О представительномъ правленіи*, гл. VIII.

нодатель не уничтожаетъ еще соціальной дѣятельности объявленнаго неспособнымъ, а только извращаетъ ее: вмѣсто честныхъ сдѣлокъ, онъ вызываетъ безчестныя, вмѣсто добросовѣстной и плодотворной торговли—обманъ и тяжбы, и изъ орудія богатства и гармоніи онъ дѣлаетъ орудіе разоренія и безпорядка. Зло, безъ сомнѣнія, еще не такъ велико, когда законная неспособность представляетъ собою только рѣдкое или преходящее исключеніе, какъ напр., состояніе расточителя или малолѣтняго. Оно не такъ велико и въ томъ случаѣ, когда неспособность на столько абсолютна, что неспособный, какъ бы исключенный изъ общественной среды, поставленъ въ невозможность вносить въ нее какую бы то ни было смуту. Но зло достигаетъ своего крайняго предѣла, когда эта неспособность затрогиваетъ собственниковъ, участвующихъ своими интересами во всѣхъ гражданскихъ сдѣлкахъ, и захватываетъ въ то же время цѣлую половину общества.

Но я, быть-можетъ, преувеличиваю и забываю, что дѣло идетъ не объ общей неспособности, а лишь о сенатусъ-консультѣ Веллейана, который вовсе не запрещаетъ женщинамъ веденія ихъ собственныхъ дѣлъ, а запрещаетъ имъ только интерцессію, т.-е. обязываніе себя въ чужомъ интересѣ. Представляетъ ли эта ограниченная неспособность тѣ опасности, на которыя указывалось выше?

Нѣтъ надобности снова доказывать, что женщина *интерцедируетъ* всякій разъ, когда, вступая въ какое-либо обязательство, она дѣйствуетъ не въ своемъ собственномъ интересѣ, а въ интересѣ другого Таково дѣйствіе запрещенное нашимъ сенатусъ-консультомъ. Но если закону легко преслѣдовать акты, которыхъ порокъ лежитъ въ ихъ внѣшней формѣ,—напр., незаписанную въ установленномъ порядкѣ ипотеку,—то ему трудно и почти невозможно контролировать тѣ акты, которыхъ порокъ скрывается въ намѣреніи или затаенной мысли той или другой договаривающейся стороны. Что же такое въ этомъ смыслѣ интерцессія, и какъ ее узнать? Кромѣ поручительства въ полной формѣ, ничто, повидимому, не есть интерцессія. Но, въ дѣйствительности, все можетъ быть интерцессіей: и простой заемъ, и вексель, и установленіе ипотеки, и продажа. Запрещать женщинѣ интерцессію значитъ дѣлать всѣ ея договоры воспріимчивыми къ какому-то скрытому пороку, считать ихъ дѣйствіями подозрительными и оспоримыми. Вотъ опас-

ность римскаго закона,—опасность, которой юриспруденція старалась избѣжать, останавливая примѣненіе сенатусъ-консульта всякій разъ, когда женщина обманывала своего кредитора. Но былъ ли обманутъ кредиторъ, этотъ вопросъ, всегда представлявшій сомнѣнія, виталъ надъ большинствомъ договоровъ, заключенныхъ женщиной; разрѣшеніе его зависѣло чаще всего отъ неопредѣленныхъ фактическихъ условій каждаго отдѣльнаго случая и обманчивыхъ шансовъ судебной борьбы. Обезпеченности права не существовало ни для третьихъ лицъ, постоянно угрожаемыхъ сенатусъ-консультомъ, ни для женщины, всегда рисковавшей лишиться защиты этого сенатусъ-консульта.

Противъ подобныхъ злоупотребленій юриспруденціи приходилось изобрѣтать новое и болѣе дѣйствительное средство борьбы. Это средство было, правда, такъ дѣйствительно, что оно обращало сенатусъ-консультъ въ мертвую букву, предоставивъ женщинѣ, при посредствѣ простого отреченія отъ сенатусъ-консульта обходить свою собственную неспособность. Благодаря этому удобному и получившему всеобщее примѣненіе средству, за древнимъ закономъ осталась лишь номинальная власть, и различныя законодательства, имѣвшія свои корни въ римскомъ правѣ, упоминали о немъ въ видѣ, такъ сказать, почетнаго отзыва. Мы можемъ поэтому сослаться противъ сенатусъ-консульта Веллейана на болѣе высокій авторитетъ, нежели авторитетъ многочисленныхъ юристовъ, его осуждавшихъ, и многочисленныхъ законодателей, исключавшихъ его изъ своихъ кодексовъ: это—единодушный и постоянный протестъ народовъ, фактически отмѣнявшихъ сенатусъ-консультъ путемъ всеобщей практики отреченій, всюду, гдѣ онъ только ни фигурировалъ въ числѣ законовъ. Причина этого знаменательнаго факта лежитъ глубже, чѣмъ въ недостаточности и двусмысленности закона. Всѣ законы, создававшіе, подобно сенатусъ-консульту Велейана, внѣ отношеній семьи, гражданское неравенство между полами, падали и должны были падать, по примѣру этого сенатусъ-консульта. Или свидѣтельства исторіи не имѣютъ никакого значенія и поученія прошлаго лишены всякой цѣны, или мы должны признать, приходя къ концу нашего изслѣдованія и пробѣгая бѣглымъ взоромъ весь пройденный путь, что постепенное уравненіе обоихъ половъ въ порядкѣ отношеній гражданскаго права составляетъ одинъ изъ великихъ законовъ соціальнаго прогресса. Благодѣянія граждан-

скаго закона, которыми пользуются сначала лишь немногіе привиллегированные, дѣлаются постепенно, какъ воздухъ и свѣтъ, общимъ достояніемъ всѣхъ человѣческихъ существъ. Въ тѣхъ странахъ, гдѣ держится еще аристократія пола,—такъ остроумно называютъ иногда гражданское преобладаніе мужчинъ надъ женщинами, — она не замедлитъ, исчезнуть. Въ этой области, какъ и во всѣхъ законодательныхъ реформахъ, торговое право служитъ предвозвѣстникомъ гражданскаго, и его смѣлое и быстрое развитіе расчищаетъ путь, на который общее право ступаетъ только позднѣе. Эманципація женщины-купца есть совершившійся фактъ—даже тамъ, гдѣ прежняя неспособность пола удерживается еще въ общемъ правѣ. Свободная отъ сенатусъ-консульта Веллейана, отъ постоянной опеки, женщина, занимающаяся торговлей, присутствуетъ при паденіи передъ ея привиллегіями и той единственной власти, отъ которой не освобождаетъ ее и прогрессъ новаго права,—власти мужа [1]).

Здѣсь я затрогиваю труднѣйшій вопросъ — о способности замужней женщины. Если женщина должна быть свободна и независима въ гражданскомъ обществѣ, то должна ли и можетъ ли она быть свободна и независима въ замужествѣ, въ своемъ домашнемъ хозяйствѣ? Если ей слѣдуетъ дозволить обязываться за постороннія долги, то не слѣдуетъ ли ей, напротивъ, запретить обязываться за долги своего мужа? Вотъ гдѣ начинаются настоящія трудности.

II.

Во всѣ времена, начиная отъ Юстиніана, законъ вооружался противъ интерцессіи съ особой строгостью, когда эта интерцессія происходила въ интересѣ мужа. Если вѣрно, что поручительство представляетъ собою, какъ объ этомъ говорилось выше, одинъ изъ опаснѣйшихъ договоровъ, то на сколько же его опасность возрастаетъ, когда поручитель и главный должникъ привязаны другъ къ другу тѣсными узами брака! Въ этомъ случаѣ исчезаютъ всѣ гарантіи, которыми законъ такъ щедро надѣляетъ поручителей въ

---

[1]) „Состояніе купчихи освобождаетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ женщину отъ власти мужа". Demante, *Cours analyt.*, т. I, *n*. 302.

обыкновенныхъ случаяхъ. Законъ вооружаетъ поручителя исками и другими средствами защиты, на столько же быстрыми, какъ и энергичными, противъ главнаго должника. Но въ отношеніи къ мужу жена всегда безоружна. Если бы она захотѣла пожаловаться на него въ судъ, или послать пристава описывать его движимость, то подобныя дѣйствія были бы невозможны, часто на основаніи права и всегда—фактически. Жена въ такихъ случаяхъ располагала бы лишь однимъ средствомъ, которое можно было бы назвать героически-разорительнымъ для мужа и компрометирующимъ для нея самой: это обратиться къ раздѣлу имуществъ. Если она отступаетъ передъ этимъ средствомъ, оказывающимся слишкомъ часто разорительнымъ не только для мужа, но и для нея, то ей остается, произведя платежъ по долгамъ мужа изъ своихъ денегъ, ждать неопредѣленное время возврата этихъ послѣднихъ; день этого возврата наступитъ лишь по прекращеніи брака и совпадетъ въ большинствѣ случаевъ съ ея смертью. Поэтому къ общему запрещенію Веллейановскаго сенатусъ-консульта римское законодательство присоединяло не безъ основанія спеціальную и болѣе строгую санкцію *si qua mulier* противъ интерцессіи между супругами. Если же это запрещеніе въ такой строгой формѣ казалось необходимымъ въ древнемъ Римѣ, не знавшемъ ничего объ особомъ разрѣшеніи мужемъ сдѣлокъ своей жены, то не во много ли разъ необходимѣе оно въ такомъ правѣ, какъ наше, которое ставитъ жену въ зависимость отъ мужа и подъ его опеку? Не винится ли поэтому современный законодатель въ большой неосторожности, когда, запрещая женѣ дѣйствовать иначе, какъ по приказу своего мужа, и имѣть иную волю, чѣмъ воля этого мужа, онъ предоставляетъ ей, тѣмъ не менѣе, обязываться за него всѣмъ своимъ имуществомъ?

Такимъ образомъ, занимающій насъ спеціальный вопросъ находится въ зависимости отъ болѣе общаго и широкаго вопроса—о власти мужа. Дѣло идетъ, слѣдовательно, объ этой власти мужа, объ ея полезности и справедливости. Но такъ поставленный вопросъ могъ бы показаться страннымъ и почти неприличнымъ, если бы я не поспѣшилъ присоединить къ нему слѣдующее объясненіе. Въ господствѣ мужа есть два строго отличныхъ другъ отъ друга элемента: элементъ нравственный и элементъ юридическій. Что жена должна быть подчинена мужу, обязанному защищать ее, это—

одинъ изъ тѣхъ принциповъ нравственности, которые освящены согласіемъ всѣхъ народовъ, одна изъ тѣхъ первоначальныхъ аксіомъ, которыя стоятъ выше всякаго нападенія [1]). Но что женщина не можетъ совершить ни одного юридическаго акта безъ формальнаго разрѣшенія мужа, это—только постановленіе положительнаго права, которое никогда не пользовалось общимъ признаніемъ и не могло найти себѣ мѣсто и въ томъ мудромъ и совершенномъ законѣ, который называли *писаннымъ разумомъ* [2]). Съ этой точки зрѣнія власть мужа могла бы быть подвергнута независимой критикѣ, что̀ я и попробую теперь сдѣлать.

Начну съ констатированія факта, могущаго показаться невѣроятнымъ, если бы всѣ приведенныя выше историческія данныя впередъ не подтверждали его: законодательства, устанавливающія власть мужа на наиболѣе широкихъ основаніяхъ, суть именно тѣ, по которымъ женщина пользуется въ итогѣ самой полной способностью и самыми широкими правами. Одинъ этотъ фактъ служитъ уже блестящимъ оправданіемъ разбираемаго нами института. По ближайшемъ резсмотрѣніи, онъ явится передъ нами въ такой же степени естественныхъ и логичнымъ, въ какой онъ можетъ казаться страннымъ съ перваго взгляда.

Окидывая общимъ взглядомъ все цѣлое настоящаго изслѣдованія, мы легко можемъ различить въ многочисленныхъ измѣненіяхъ положенія жены три большія и послѣдовательныя стадіи. Въ первую—жена, продаваемая мужу, переходитъ не подъ его власть или опеку, а скорѣе въ его имущество; въ теченіе этой варварской стадіи не можетъ быть ни приданаго, ни какого бы то ни было порядка имущественныхъ отношеній супруговъ, ни разрѣшенія мужа на дѣйствія жены; мужъ здѣсь все, жена — ничто. Во вторую стадію, соотвѣтвующу античной цивилизаціи, жена, только-что эманципированная, рождается для гражданской жизни и

---

[1]) Этотъ принципъ внесенъ, правда, въ законъ (art. 213 Code civ.), но онъ не перестаетъ отъ этого быть, въ нашихъ глазахъ, чистымъ принципомъ нравственности. Юриспруденція всегда противилась болѣе или менѣе тому, чтобы за этимъ принципомъ признавалась санкція законнаго принужденія (см., напр., Nîmes, 20 févr. 1862, Dev. 63, 1 492), и она должна была бы, по моему мнѣнію, совершенно отказаться отъ этого.

[2]) Bretonnier, *sur Argou*, кн. III, гл. XLVIII: „Въ практикѣ парламентовъ *писаннаго права* о разрѣшеніи мужа нѣтъ рѣчи“.

пользуется правоспособностью лишь на половину. Для охраны ея еще неокрѣпшей независимости законъ ставитъ барьеръ между нею и ея прежнимъ господиномъ: онъ распускаетъ брачныя узы и вводитъ въ порядокъ приданаго и отдѣльнаго имущества жены раздѣленіе интересовъ обоихъ супруговъ. Но и здѣсь еще разрѣшеніе мужа невозможно: жена свободна отъ него уже въ силу своей неспособности, не допускающей ее ни до какой совмѣстной съ мужемъ дѣятельности. Таковъ порядокъ языческой древности, кототому противоположенъ порядокъ, установленный христіанствомъ и новыми народами. Жена при этомъ новомъ порядкѣ уже не порабощена мужемъ, какъ это было въ варварскія времена; она и не отдѣлена отъ него, какъ это было въ античной цивилизаціи: супруговъ связываютъ тѣсныя и неразрывныя узы; имущества ихъ соединены, интересы составляютъ одно цѣлое. Такъ какъ въ домѣ все является общимъ, то здѣсь не можетъ быть, какъ въ системѣ римскаго приданаго, двухъ раздѣльныхъ и независимыхъ другъ отъ друга сферъ дѣятельности и воли. Жена допущена теперь къ сотрудничеству съ главой дома и не можетъ поэтому дѣйствовать ни противъ него, ни помимо него. Вотъ гдѣ лежитъ настоящій источникъ разрѣшенія мужа: женѣ приходится подчиняться ему, когда, освобожденная отъ завѣщанныхъ античнымъ міромъ ограниченій правоспособности, она становится, наконецъ, въ благороднѣйшемъ смыслѣ этихъ словъ, подругой и товарищемъ своего мужа.

И дѣйствительно, законодательства, придерживающіяся общности имуществъ супруговъ, поднимаютъ впервые власть мужа на степень учрежденія гражданскаго права. Введенная впослѣдствіи, подъ вліяніемъ христіанскихъ идей, въ страны, слѣдовавшія до того системѣ приданаго, она проникала къ нихъ медленно и получила преобладаніе только въ наше время [1]). На ряду съ супружеской общностью имуществъ, она беретъ свое начало на Сѣверѣ, и возможно, что ни то, ни другое изъ этихъ великолѣпныхъ учрежденій не возникли бы никогда на Югѣ, продолжав-

---

[1]) „По обычаю, писалъ Jean des Mares (décision 35), жена стоитъ во власти своего мужа; не то по *писанному праву*". Еще въ наши дни примѣненіе принциповъ власти мужа къ имуществу жены, не входящему въ составъ ея приданаго, представляетъ большія трудности.

шемъ античную цивилизацію. Здѣсь, благодаря счастливому климату, граждане проводили всю жизнь на публичной площади, а жена, привязанная религіей и законами къ домашнему очагу, не могла принимать участія ни въ работѣ мужа, ни въ его удовольствіяхъ. Но когда цивилизація, преслѣдуя свой путь, водворилась, наконецъ, и въ тѣхъ холодныхъ странахъ Сѣвера, которыя древность считала осужденными, по ихъ природѣ, на вѣчное варварство, то нравы, искусство, законы и все остальное приняли въ новыхъ физическихъ условіяхъ формы, до того неизвѣстныя. Публичной жизни въ *agora* и на форумѣ должна была наслѣдовать въ менѣе мягкомъ климатѣ интимность частной жизни. Жена не оставалось болѣе одна у своего очага; удерживаемый дома, мужъ дѣлилъ ея заботы и досуги. Поэтому домашніе интересы и привязанности заняли болѣе широкое мѣсто въ жизни и душѣ человѣческой. Незнакомыя классической древности чувства открыли новые горизонты искусству и изящной литературѣ: живопись въ Голландіи, романъ въ Англіи проникли въ тишь домашняго очага и нашли впервые его скрытую и интимную поэзію. Гражданскіе, законы,— столь же вѣрное зеркало нравовъ, какъ искусство и изящная литература,—должны были испытать на себѣ подобную же революцію: имъ тоже пришлось сдѣлаться домашними. Коренясь, такимъ образомъ, въ указанномъ преобразованіи нравовъ, общность имуществъ супруговъ и власть мужа стали двумя великими учрежденіями, созданными новыми обществами.

Изъ сказаннаго видно, что требовать во имя прогресса уничтоженія власти мужа значило бы впадать въ странное недоразумѣніе. Уничтожая ее, пришлось бы вернуться къ языческимъ нравамъ, разорвать всякую общность интересовъ между супругами и исключить жену изъ участія въ дѣлахъ дома, если бы мы не предпочли перевернуть роли и предоставить женѣ исключительное господство. Это послѣднее, по словамъ нѣкоторыхъ путешественниковъ, практикуется на кое-какихъ островахъ Океаніи, при чемъ не слѣдуетъ забывать, что обитатели этихъ острововъ не знаютъ брака, что они скрещиваются, какъ животныя въ стадѣ, и ѣдятъ своихъ плѣнниковъ, когда перестаютъ ѣсть другъ друга.

Но если самый принципъ разрѣшенія мужемъ юридическихъ дѣйствій жены стоитъ внѣ спора, то форма и регулированіе этого

разрѣшенія вызываютъ серьезныя затрудненія и сомнѣнія. Тутъ возможны и, дѣйствительно, выработаны положительными законодательствами двѣ весьма различныя другъ отъ друга формы. Это разрѣшеніе, служитъ въ помощь или признанной неспособной женѣ или надѣленному супружеской властью мужу, и, смотря по тому или другому употребленію, дѣлаемому изъ этого разрѣшенія оно получаетъ различную организацію. Если разрѣшеніе мужа имѣетъ въ виду оказывать помощь и защиту неспособной женѣ, оно должно быть спеціальное: мужъ диктуетъ женѣ всѣ условія договоровъ, въ которые она вступаетъ; затѣмъ, это разрѣшеніе должно быть постоянное: если по какой - нибудь случайности оно дѣлается невозможнымъ для мужа, его замѣняетъ разрѣшеніе судьи; далѣе оно должно требоваться подъ угрозой недѣйствительности договора, и объ этой недѣйствительности можетъ просить сама жена; наконецъ. это разрѣшеніе объявляется недостаточнымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ заключается въ интересѣ самого мужа: *Nemo potest esse auctor in rem suam*. Рѣшеніе по всѣмъ этимъ пунктамъ оказывается діаметрально противоположнымъ, если принимается принципъ равной способности мужа и жены, и разрѣшеніе перваго разсматривается, какъ простое оружіе въ его рукахъ. Нѣтъ болѣе спеціальнаго разрѣшенія на каждый отдѣльный случай: мужъ можетъ положиться на осторожность жены и позволить ей договариваться такъ, какъ она вздумаетъ; нѣтъ и восполняющаго разрѣшенія суда: въ случаѣ отсутствія или неспособности мужа, жена беретъ въ свои руки управленіе общими дѣлами; не допускается также иска о недѣйствительности договора въ пользу жены; нѣтъ, наконецъ, для нея и неспособности договариваться въ интересѣ своего мужа или сообща съ нимъ.

Какой же изъ указанныхъ системъ держится нашъ гражданскій кодексъ? Мы уже отвѣчали на этотъ вопросъ. Кодексъ колеблется между обѣими системами, одинаково послѣдовательными, хотя и противоположными. Склоняясь сначала на сторону первой,—системы неспособности жены, онъ требуетъ всякій разъ спеціальнаго разрѣшенія мужа,—а при неспособности послѣдняго—контроля суда, и предоставляетъ самой женѣ, въ случаѣ заключенія ею договора безъ разрѣшенія мужа, искъ о недѣйствительности этого договора. Затѣмъ, поворачивая внезапно на сторону противоположной доктрины, онъ даетъ женѣ, въ общемъ, полную

свободу договариваться со своимъ мужемъ, помимо всякаго контроля и какого бы то ни было разрѣшенія. Пусть мнѣ позволятъ сказать, что, ставя такого рода нормы, редакторы кодекса погрѣшаютъ не только противъ логики, но, что важнѣе и поразительнѣе, они погрѣшаютъ также противъ практическаго смысла и предусмотрительности. Нѣтъ сомнѣнія, что случай, когда жена защищаетъ свои интересы противъ мужа, есть тотъ, въ отношеніи котораго нашему законодателю слѣдовало бы особенно подумать о слабости и безсиліи жены. Я могъ бы еще допустить, что онъ считалъ ее способной противиться вліянію мужа, если бы имъ приняты были мѣры къ тому, чтобы она имѣла въ домѣ ту долю независимости и личной дѣятельности, которая пріучила бы ее понимать и защищать свои интересы. Но такъ ли онъ поступаетъ? Онъ отнесится къ замужней женщинѣ, какъ къ малолѣтнему, подвергая ее двойной опекѣ — мужа и суда; онъ пріучаетъ ее смотрѣть только глазами своего мужа и дѣйствовать только его руками. И вдругъ, въ минуту опасности, когда этотъ господинъ и покровитель превращается для нея въ противника, нашъ законъ лишаетъ ее своей поддержки и оставляетъ въ первый разъ одинокой и беззащитной! Нужно сознаться, что никогда ловкіе редакторы кодекса не примѣняли такъ неудачно своихъ обычныхъ пріемовъ эклектизма. Между тѣмъ, въ присутствіи двухъ изложенныхъ выше абсолютныхъ и противорѣчащихъ одна другой системъ, нельзя было итти ни на компромисъ, ни на какое бы то ни было среднее рѣшеніе. Замужняя женщина должна была быть признана или неспособной, или способной. Разрѣшеніе мужа должно было ил служить средствомъ восполненія ея неспособности, или преслѣдовать цѣль единства управленія домомъ. Надо было откровенно выбирать между тѣмъ и другимъ принципомъ и принять безъ колебаній всѣ вытекающія изъ этого выбора послѣдствія.

Нашъ выборъ не можетъ подлежать сомнѣнію. Мы уже достаточно говорили о мнимой неспособности пола, установленной, какъ будто, природой. Способная наканунѣ брака, женщина не можетъ сдѣлаться неспособной на другой день по его заключеніи. Обыкновенно говорятъ, что бракъ эманципируетъ женщину. Какъ же оборачивать это изреченіе и утверждать, что бракъ ставитъ женщину подъ опеку! И между тѣмъ, это не разъ утверждалось: способности женщины, по мнѣнію многихъ юристовъ достаточно для

того, чтобы позволять ей дѣйствовать самостоятельно, какъ дочери; въ этомъ случаѣ ея дѣйствія касаются только ея; но этой способности не достаточно, когда она выходитъ замужъ, такъ какъ ея дѣйствія затрогиваютъ тогда не только ее: вредя себѣ, она вредитъ въ тоже время дому и своимъ дѣтямъ. Но становясь на эту точку зрѣнія, надо выдерживать ее до конца: надо объявлять женщину неспособной въ теченіе не только брака, но и вдовства, и обязывать судебную власть, въ виду контроля надъ интересами дома, замѣнять не только отсутствующаго, неспособнаго или недостойнаго мужа, но и мужа покойнаго. Такая система имѣла бы, по крайней мѣрѣ, достоинство новизны, такъ какъ мы видѣли, что всѣ законодательства до нашего времени признавали за вдовой способность очень часто выше и никогда не ниже способности незамужней женщины. Восходя, напр., до первоисточниковъ нашего права, до варварскихъ законовъ, нетрудно убѣдиться, что, при подчиненіи женщины постоянному *mundium*, они устанавливаютъ въ пользу вдовы иногда совершенно исключительную правоспособность. Эти законы, часто мудрые, несмотря на свои грубыя формы, отказываютъ въ гражданской правоспособности женщинѣ вообще, но не считаютъ возможнымъ отказывать въ ней вдовѣ, имѣющей за себя опытъ жизни и внушенія материнской любви.

Необходимо, слѣдовательно, признать, что естественная способность женщины не ослабляется, а скорѣе усиливается бракомъ. Признавая же этотъ принципъ, мы принуждены признать и всѣ его послѣдствія, которыя должны заключаться, согласно предыдущему, не въ чемъ иномъ, какъ въ томъ, чтобы въ распоряженія нашего кодекса о разрѣшеніи мужа были внесены три существенныхъ измѣненія: во 1) отмѣна требованія специальности этого разрѣшенія; во 2) освобожденіе отъ всякаго разрѣшенія жены отсутствующаго или неспособнаго мужа; и въ 3) предоставленію иска о недѣйствительности сдѣлокъ, совершенныхъ женой безъ разрѣшенія мужа, одному этому послѣднему, при чемъ женѣ должно быть отказано въ томъ же искѣ. Приведя соображенія, оправдывающія принципъ, намъ остается теперь оправдать и его послѣдствія.

Замѣтимъ, прежде всего, что предлагаемая реформа вовсе не такъ дерзка, какъ это могло бы казаться: она представляетъ собою не нововведеніе, а возвращеніе къ самымъ чистымъ тради-

ціямъ нашей старой юрисруденціи,—къ доктринѣ, исповѣдуемой основателями нашего права, отъ Бомануара до Кокилля. Если съ XVI в. начинается уклоненіе отъ этой здоровой доктрины, то это происходитъ подъ вліяніемъ романистовъ, которые искажаютъ разрѣшеніе мужа, стараясь примирить съ началами римскаго права и такое учрежденіе, котораго римляне никогда не знали. И наши романисты были, по крайней мѣрѣ, послѣдовательны: неспособность женщины была въ ихъ глазахъ не преходящей и перемежающейся, а врожденной ея полу, и, вѣрные этому принципу, они признавали и за дочерью, и за вдовой какъ возстановленіе въ ихъ правахъ, такъ и льготу сенатусъ-консульта Веллейана. Эти римскіе принципы не могутъ болѣе считаться нашими; мы не можемъ въ настоящее время вѣрить, какъ римляне, въ хрупкость и глупость пола. Поэтому вернемся къ праву, составляющему нашу собственность, *„qui nous est foncier“*, какъ выражались старые легисты,—къ праву нашихъ древнихъ обычаевъ, истолкованныхъ Кокиллемъ и Бомануаромъ.

Кромѣ того, предлагаемая реформа соотвѣтствовала бы не менѣе какъ потребностямъ практики, какъ и логическимъ требованіямъ теоріи. Можно ли оспаривать цѣлесообразность такого порядка, при которомъ мужъ, отъѣзжая по дѣламъ въ продолжительное путешествіе, оставлялъ бы женѣ общую довѣренность съ правомъ покупать и продавать, смотря по надобностямъ хозяйства, и устанавливать самой, опять глядя по обстоятельствамъ, условія заключаемыхъ ею договоровъ? Развѣ необходимость постояннаго обращенія въ судъ, при отсутствіи или неспособности мужа, не составляетъ часто для хозяйства, оставленнаго безъ главы, причины излишнихъ проволочекъ и затрудненій, и развѣ это не вопіющее противорѣчіе, если жена, состоя опекуномъ надъ своимъ мужемъ, объявленнымъ сумасшедшимъ или расточителемъ, или управляя общимъ съ нимъ имуществомъ во время его отсутствія, пользуется болѣе широкими правами въ имуществѣ своего мужа или въ общемъ съ нимъ супружескомъ имуществѣ, нежели въ своемъ собственномъ? [1]) Не противно-ли, наконецъ, са-

---

[1]) Въ первомъ случаѣ жена отправляетъ всѣ права опекуна (art. 507); во второмъ—судебная практика признаетъ за ней права временнаго владѣнія. Orleans 22 novembre 1850, Dev. 51, 2, 553.—Опекунъ можетъ *одинъ* вчинать искъ о движимостяхъ (art. 464), а временный владѣлецъ можетъ

мымъ элементарнымъ требованіямъ справедливости позволять женѣ, вступающей свободно и съ знаніемъ дѣла въ договоръ, оспаривать этотъ договоръ подъ тѣмъ предлогомъ, что мужъ не далъ на него своего разрѣшенія, или далъ его лишь послѣ заключенія договора? Конечно, жена могла бы сказать кредитору: Вы сами совершили грубую неосторожнвсть; но такое замѣчаніе, сдѣланное лицу, котораго обманываютъ и разоряютъ, походило бы слишкомъ на дурную шутку, и я не думаю, чтобы какой-нибудь судъ могъ выслушать его, не жалуясь на несправедливость закона.

Изъ всѣхъ послѣдствій системы, сохраняющей за женщиной ея способность къ совершенію юридическихъ актовъ и тогда, когда она стоитъ подъ властью мужа, я принимаю съ нѣкоторымъ колебаніемъ только одно, и это—именно то, которое допущено кодексомъ. Оно состоитъ въ предоставленіи женѣ способности обязываться для мужа, или вообще договариваться съ нимъ. Во всякомъ случаѣ, какъ ни серьезны опасности, вытекающія изъ этой способности при системѣ кодекса, онѣ были бы гораздо менѣе значительны при защищаемой мною системѣ. Если не относиться къ замужней женщинѣ, какъ къ малолѣтнему, а предоставлять ей замѣнять въ случаѣ надобности главу дома и пріобрѣтать этимъ способомъ опытность въ дѣлахъ, то она не отдавалась-бы безъ защиты въ руки предпріимчиваго на счетъ ея имущества мужа. И если, несмотря на это, свобода поручительствъ и договоровъ между супругами представляетъ еще нѣкоторыя опасности, то самъ кодексъ указываетъ на средство противъ нихъ. Это средство лежитъ въ брачномъ договорѣ. Не запрещая женѣ обязываться для своего мужа и не возстановляя, въ общемъ, распоряженія *si qua mulier*, кодексъ предоставляетъ супругамъ и ихъ семействамъ возстановлять эти запрещенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ путемъ брачнаго договора; онъ оставляетъ на ихъ волю подчиниться или порядку свободы, или порядку запрещенія, или порядку общности имуществъ, или порядку приданаго. Это родъ компромисса, которымъ законодатель предоставляетъ на произволъ частныхъ соглашеній вопросъ о

вчинать *одинъ* и иски о недвижимостяхъ. Douai, 28 nov. 1853., Dev. 54, 2. 431.—Значитъ, въ обоихъ случаяхъ жена предъявляетъ *одна* иски своего мужа и иски, вытекающіе изъ супружеской общности имуществъ, но свои собственные иски она не можетъ вчинать иначе, какъ съ разрѣшенія суда.

неотчуждаемости и неспособности. Между тѣмъ вопросъ этотъ принадлежитъ, несомнѣнно, публичному праву, и представленіе его на произволъ частныхъ соглашеній вызываетъ противъ себя много возраженій, направленныхъ поочередно то противъ порядка общности имуществъ, то противъ порядка приданаго. Мы разсмотримъ эти возраженія на той и другой почвѣ.

III.

Законное положеніе жены при общности имуществъ представляетъ на первый взглядъ, какъ будто, странныя несообразности Сначала законодатель смотритъ на жену, повидимому, какъ на неспособное лицо: онъ надѣляетъ ее легальной ипотекой, безъ сомнѣнія, потому, что она, въ его глазахъ неспособна оградиться собственными средствами; онъ идетъ дальше и освобождаетъ эту ипотеку отъ установленной записки, что составляетъ чрезвычайную привилегію, могущую быть оправданной лишь неспособностью кредитора; онъ дѣлаетъ еще болѣе и запрещаетъ женѣ отказываться, какъ въ цѣломъ, такъ и въ части, отъ своихъ залоговыхъ правъ, которыя должны защищать ее противъ нея самой. Но вскорѣ, какъ бы раскаиваясь въ этихъ мѣрахъ, законодатель отдаетъ ей другой рукой все то, что онъ только-что отнялъ у нея: признавъ ее сначала безсильной защищаться противъ мужа, онъ оставляетъ ее потомъ свободной даже жертвовать ему своими правами, обязываясь въ пользу него; запретивъ ей сначала соглашаться какъ на потерю, такъ и на уменьшеніе своихъ залоговыхъ правъ, онъ разрѣшаетъ ей потомъ, что гораздо важнѣе, передавать страшное оружіе залога въ руки своихъ противниковъ. Для чего же тогда, спрашиваютъ со всѣхъ сторонъ, этотъ сложный механизмъ предосторожностей и гарантій, не ограждающихъ никого и представляющихъ затрудненіе и западню для всѣхъ? Для чего заключать жену въ кругъ запрещеній и не переступаемыхъ, повидимому, запоровъ, когда ей же въ руки отдается ключъ, открывающій эти запоры? Одно изъ двухъ: или всѣ эти гарантіи безполезны, и тогда ихъ нужно уничтожить—для того, чтобы онѣ не стѣсняли оборота,—или онѣ служатъ чему-нибудь хорошему, и тогда ихъ нужно укрѣпить—съ тѣмъ, чтобы онѣ перестали быть призрачными.

По мнѣнію однихъ, легальная ипотека жены со всѣми сопровождающими ее привиллегіями противна самой сущности супружеской общности имуществъ и несовмѣстима съ нею [1]). Созданная въ Римѣ и будучи продуктомъ системы римскаго приданаго, эта ипотека такъ глубоко вкоренена въ нее, что разобщеніе той и другой невозможно. Законъ, осудившій жену на бездѣйствіе и безсиліе, долженъ былъ обнаружить въ отношеніи къ ней и извѣстную предусмотрительность, поставивъ рядомъ съ неспособностью и привиллегію; одинъ и тотъ же законъ, исключившій жену изъ всякаго сотрудничества съ мужемъ и наложившій на приданое путемъ затрудненія его роста печать неподвижности, долженъ былъ принять мѣры и противъ его утраты, и въ обезпеченіе его сохранности. Такова была система римскаго приданаго Но въ другой системѣ, эманципировавшей замужнюю женщину и призвавшей ее къ свободной дѣятельности, не было мѣста для привиллегій неспособности. Въ системѣ, которая поставила жену въ товарищеское отношеніе съ мужемъ и позволила ей совмѣстное съ нимъ обогащеніе, жена не могла быть гарантирована противъ потерь: супруги были соединены одинаковой общностью какъ въ счастіи, такъ и въ несчастіи. Словомъ, единственное раціональное основаніе легальной ипотеки лежитъ въ неспособности жены, признанной въ римской системѣ приданнаго; съ устраненіемъ этой неспособности, легальная ипотека жены дѣлается безсмыслицей въ теоріи и обманомъ на практикѣ. Не то ли указывается намъ и опытомъ? Развѣ полувѣковая судебная практика не показываетъ намъ лучше, чѣмъ это могли бы сдѣлать всякія разсужденія, что̀ такое легальная ипотека для замужней женщины, пользующейся свободой отчужденія и свободой обязываться? Первая вещь, которую она отчуждаетъ въ этихъ условіяхъ, это — ея собственная легальная ипотека; и эта легальная ипотека, однажды отчужденная, однажды переданная въ руки кредиторовъ мужа, уже не ограждаетъ ее, а обращается противъ нея самой: безъ ипотеки она могла бы, по крайней мѣрѣ, конкурировать съ кредиторами мужа на равную ногу; благодаря же неравенству притязаній, соз-

---

[1]) На это указано Воловскимъ въ трудѣ, который остался, къ несчастію, неоконченнымъ. *Rev. de législ.*, т. XXV, *De la société conjugale*.

даваемому ипотекой, она сама чаще всего не получаетъ никакого удовлетворенія.

Напуганные этими опасностями, другіе юристы, и они составляютъ большинство [1]), ищутъ спасенія въ противоположномъ исходѣ. Да, говорятъ они, неспособность жены есть логическое и необходимое дополненіе къ тѣмъ залоговымъ гарантіямъ, которыя ей предоставлены; но если это такъ, то мы должны не отымать у нея эти гарантіи, а скорѣе утвердить или, признать ея неспособность. Эта неспособность фактически существуетъ и представляетъ собою неизбѣжное послѣдствіе власти мужа; она существуетъ во всѣхъ брачныхъ системахъ, и если между ними есть такая, въ которой вліяніе власти мужа сказывается съ особенной мощью и силой, то это именно система общности имуществъ. Чѣмъ ближе та или другая система имущественныхъ отношеній супруговъ ставитъ жену къ мужу, тѣмъ болѣе она подчиняетъ первую вліянію второго. Система приданаго раздѣляетъ, по крайней мѣрѣ, интересы обоихъ супруговъ и создаетъ для жены при ея пользованіи отдѣльнымъ имуществомъ сферу‹ совершенно самостоятельстоятельнаго дѣйствія. Но можетъ ли жена въ системѣ, отождествляющей интересы обоихъ супруговъ и создающей изъ нихъ, такъ сказать, одно имущество и одну личность,—можетъ ли жена имѣть здѣсь при всѣхъ сдѣлкахъ гражданской жизни иную волю и иную мысль, чѣмъ воля и мысль главы этой супружеской общности? Если желать, чтобы супружеская общность была тѣмъ, чѣмъ она должна быть, т.-е. ассоціацией двухъ свободныхъ существъ, а не поглощеніемъ слабѣйшаго сильнѣйшимъ, то женѣ должны быть даны гарантіи, и такъ какъ для дѣйствительности этихъ гарантій нужна неспособность, то пусть жена будетъ объявлена и неспособной. Необходимо поэтому сдѣлать ее неспособной къ уступкѣ или передачѣ ея ипотеки, равно какъ и къ поручительству за мужа или къ вступленію въ обязательства сообща съ нимъ; эти акты должны быть воспрещены, или поставлены, по крайной мѣрѣ, подъ контроль судебнаго разрѣшенія.

Самый разумный и, я прибавилъ бы, самый логичный между этими двумя крайними системами путь есть въ моихъ глазахъ

---

[1]) См. именно *Замѣчанія Парижскаго Юридическаго Факультета* въ *Documents sur le Rég. hyp.*, т. II. стр. 443 и слѣд.

тотъ средній путь, которымъ пошли наши законодатели. Въ принятой ими смѣшанной и сложной системѣ женщина, состоящая въ бракѣ при общности имуществъ, является передъ нами въ двойномъ образѣ: законъ окружаетъ ее покровительствомъ и привилегіями и, въ то же время, приписываетъ ей способность и независимость; онъ даетъ ей всевозможныя залоговыя гарантіи и, въ то же время, оставляетъ ее свободной отказаться отъ всѣхъ этихъ гарантій. Это—странная комбинація, повидимому противорѣчивая, но въ сущности, я это повторяю, очень справедливая и очень логическая. Что въ своихъ детальныхъ постановленіяхъ, относящихся къ легальной ипотекѣ жены, или къ актамъ уступки и передачи этой ипотеки, нашъ современный законъ часто даетъ мѣсто критикѣ, этого не оспариваетъ никто. Но я оставляю въ настоящую минуту критику деталей, такъ какъ она повела бы къ отступленіямъ и повтореніямъ. Остановлюсь лишь на двухъ существенныхъ принципахъ, которыми опредѣляется положеніе жены при общности имуществъ супруговъ, и которые могутъ быть сведены къ двумъ понятіямъ: защиты и свободы. Я надѣюсь показать, что эти два принципа, далеко не исключаясь и не вредя другъ другу, взаимно поддерживаютъ и дополняютъ одинъ другой.

Прежде всего, не подлежитъ сомнѣнію, что жена, какой бы свободой дѣйствія ни надѣлялъ ее законъ, не можетъ никогда прибѣгнуть въ отношеніи къ мужу, дѣлающемуся ея должникомъ, къ тѣмъ мѣрамъ осторожности, которыя принимаются противъ обыкновеннаго должника: она встрѣтится всегда съ неодолимымъ препятствіемъ, и это препятствіе будетъ лежать въ самой общности имуществъ. Чтобы добиться ликвидаціи и получить дѣйствительное удовлетвореніе по своему праву требованія, жена должна разстроить супружеское общеніе и разорвать, такъ сказать, своими руками брачный договоръ; ей придется, другими словами, искать раздѣла имуществъ. Желая не доводить жену до этой крайности, законъ обезпечиваетъ ея бездѣйствіе установленіемъ легальной ипотеки, дающей такимъ образомъ одно изъ самыхъ солидныхъ основаній для прочности въ хозяйствѣ и мира въ семьѣ.

Но не въ этомъ состоитъ, по моему мнѣнію, спеціальная польза ипотеки жены при общности имуществъ супруговъ. Если легальная ипотека особенно необходима въ этой си-

стемѣ, то это потому, что ею одною можетъ быть установлено въ товариществѣ двухъ супруговъ то равенство или, по крайней мѣрѣ, то равновѣсіе, которое составляетъ основной принципъ всякой гражданской ассоціаціи. Супружеская ассоціація была бы самымъ несправедливымъ союзомъ, она обратилась бы, слѣдуя способу выраженія юристовъ, въ *societas leonina*, т.-е. въ товарищество со львиной долей одного изъ товарищей, если бы актъ, предоставляющій мужу, вмѣстѣ съ титуломъ главы супружескаго общенія, и право на все имущество жены, не давалъ бы въ то же время и женѣ, въ формѣ легальной ипотеки, права на всю недвижимость мужа. Это право жены составляетъ естественное, я осмѣлюсь даже сказать, почти существенное условіе системы общности имуществъ супруговъ. И это—не теоретическая гипотеза, а опытная истина, имѣющая за себя свидѣтельство исторіи. Всѣ законодательства, какъ ученыя, такъ и варварскія, признававшія супружескую общность имуществъ, приписывали женѣ какое-нибудь право на собственное имущество мужа. Такимъ правомъ въ нашихъ древнихъ французскихъ законахъ былъ такъ наз. законный *douaire*, котораго судьбы связались такъ тѣсно съ судьбами супружеской общности имуществъ, что происхожденіе того и другого института, какъ бы, сливается. Привлеченное къ этому *douaire*, имущество мужа не могло быть ни подарено, ни продано, ни заложено безъ согласія жены; и если пересмотрѣть объемистые сборники хартій и дипломовъ, оставленные намъ учеными бенедиктинцами, то въ нихъ не найдется, кажется, ни одного сколько нибудь значительнаго акта, который былъ бы совершенъ женатымъ человѣкомъ, безъ того, чтобы къ нему не была такъ или иначе приглашена и его жена.

Douaire исчезъ изъ нашихъ кодексовъ, и въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ его исчезновеніе произвело въ современномъ правѣ пробѣлы, о которыхъ можно пожалѣть; но въ интересующемъ насъ отношеніи онъ получилъ родъ эквивалента въ легальной ипотекѣ. Обремененное ипотекой, имущество мужа такъ же связано со дня брака правомъ жены, какъ оно было связано имъ при существованіи *douaire*. Мужъ еще въ наши дни имѣетъ надобность въ содѣйствіи жены всякій разъ, когда онъ продаетъ, закладываетъ или обязывается; третьи лица, съ которыми онъ договаривается, не упускаютъ никогда настаивать на участіи въ сдѣлкѣ жены,

такъ какъ это участіе полезно и для кредиторовъ, которыхъ залогъ могъ бы быть иначе поглощенъ обратнымъ требованіемъ приданаго, и для покупщиковъ, которыхъ это же участіе освобождаетъ отъ формальностей законной очистки и устраняетъ для нихъ одновременно опасности высокой оцѣнки. Сравнивая только-что упомянутыя собранія древнихъ хартій со сборниками нашихъ современныхъ судебныхъ рѣшеній, мы увидимъ, что практика въ этомъ отношеніи не измѣнилась—отъ самаго возникновенія супружеской общности имуществъ и до нашихъ дней. Теперь, какъ и въ средніе вѣка, оба супруга, состоящіе въ общности, выступаютъ по всѣмъ важнымъ актамъ гражданской жизни, т.-е. получаютъ обѣщанія и даютъ ихъ, *сообща*, и какъ жена не дѣйствуетъ никогда безъ разрѣшенія мужа, такъ и этотъ послѣдній не дѣйствуетъ почти никогда безъ помощи жены: сотрудничество двухъ супруговъ непрерывно.

Пусть мнѣ позволятъ высказать здѣсь всю мою мысль. Она вызоветъ, можетъ быть, улыбку у большинства практиковъ и юристовъ, но я все-таки выскажу ее, такъ какъ мое убѣжденіе серьёзно и глубоко. Постояннаго участія жены въ управленіи домомъ,—участія, которое считаютъ обыкновенно злоупотребленіемъ и опасностью,—я осмѣливаюсь требовать во имя справедливости и интересовъ семьи. Оно справедливо, такъ какъ представляетъ собою полнѣйшее выраженіе въ области гражданскихъ интересовъ того интимнаго и тѣснаго союза, того *consortium omnis vitae*, которое, по взгляду самой языческой древности, принадлежитъ къ существу брака. Оно такъ же полезно, какъ и справедливо, такъ какъ интересъ дѣтей, что̀ бы тамъ ни говорили, гарантируется вѣрнѣе всего такимъ порядкомъ, въ которомъ по всѣмъ рѣшеніямъ, могущимъ задѣть ихъ будущее имущество, отецъ долженъ обращаться къ совѣту матери—можетъ-быть, и не такъ просвѣщенному, но за то проникнутому любовью къ дѣтямъ. Робкая осторожность жены можетъ часто остановить мужа на наклонной плоскости спекуляцій и рискованныхъ предпріятій; расточительность отца семейства встрѣчаетъ нерѣдко въ сопротивленіи матери узду, болѣе гибкую и могучую, чѣмъ тѣ легальныя препятствія, которыя въ системѣ приданаго служатъ слишкомъ часто игрушкой для обмана и ловушкой для доброй совѣсти. Напрасно было бы обвинять меня въ забвеніи того,

что способности женщины не тѣ, что способности мужчины, и что Провидѣніе при распредѣленіи своихъ даровъ указало обоимъ поламъ, если не очень неравный, то очень различный жребій. Именно въ силу этого различія мужщина можетъ и долженъ находить у женщины то, чего не достаетъ ему самому, и именно поэтому домашніе интересы обезпечиваются лучше, если, вмѣсто того, чтобы оставаться на попеченіи одного главы дома, они составляютъ общее дѣло обоихъ супруговъ.

Съ указываемой точки зрѣнія легальная ипотека жены является передъ нами въ совершенно новомъ свѣтѣ. Вмѣсто того, чтобы служить, какъ въ системѣ приданаго, защитой, прикрывающей неспособное и пассивное существо, она дѣлается въ рукахъ жены, вступающей въ супружескую общность имуществъ, могучимъ орудіемъ дѣятельности и вліянія. Необходимо, однако, помнить, что, если легальная ипотека доставляетъ женѣ эти выгоды, то она доставляетъ ихъ только потому, что жена свободна отчуждать эту ипотеку и распоряжаться ею по своему усмотрѣнію. Тѣ, которые требуютъ отобранія у жены этой способности, уклоняются отъ настоящихъ принциповъ супружеской общности по нашему обычному праву и переходятъ съ неудержимой силой къ системѣ римскаго приданаго.

Желая, въ самомъ дѣлѣ, помѣшать женѣ разстроить ея имущество въ предпріятіяхъ мужа, нельзя ограничиваться запрещеніемъ уступки или передачи ея ипотеки. Необходимо было бы еще запретить ей обязываться передъ кредиторами мужа, такъ какъ подобное обязательство заключало бы въ себѣ, какъ это было уже показано, ту же, но облеченную лишь въ молчаливую форму, передачу ея права. Такъ же необходимо было бы запретить ей всякія обязательства, такъ какъ они прикрывали бы въ большинствѣ случаевъ интерцессію въ пользу мужа. Пришлось бы запретить даже продажу, такъ какъ въ этомъ случаѣ, какъ и при займѣ, она переводила бы свое имущество въ руки мужа, который, въ качествѣ главы супружеской общности, получалъ бы одинъ продажную цѣну. Нужно было бы пойти еще далѣе. Разъ на жену, стоящую въ супружеской общности, падали бы всѣ тѣ ограниченія правоспособности, которымъ она подвергается при системѣ приданаго, разъ ей было бы отказано, какъ въ этой послѣдней системѣ, во всякомъ участіи въ дѣлахъ домашняго хо-

зяйства, то возможно-ли разсматривать ее, какъ товарища мужа, отдавать ей долю прибылей, которымъ она не содѣйствуетъ, и заставлять ее нести долю убытковъ, въ которыхъ отвѣтственен одинъ мужъ? Очевидно, нѣтъ, и если жена объявляется неспособной и безсильной, то логика требуетъ установленія неподвижности и неизмѣнности приданаго, т.-е. возстановленія системы приданаго во всей ея строгости и признанія ея системой общаго права.

Но можно-ли итти такъ далеко и принимать всѣ вытекающія отсюда послѣдствія? Чтобы лучше оцѣнить важность этихъ послѣднихъ, намъ остается только разобрать коротко систему приданаго въ ней самой и взвѣсить тѣ выгоды и злоупотребленія, которымъ она открываетъ мѣсто.

IV.

Сенатусъ-консультъ Веллейана, какъ я показалъ это въ предшествующей главѣ, есть необходимое дополненіе къ системѣ приданаго: обезпечить сохранность приданаго было бы невозможно, если бы надѣляемая имъ жена не подвергалась настоящей личной неправоспособности. Это до такой степени вѣрно, что, послѣ торжественнаго изгнанія изъ нашихъ законовъ, сенатусъ-консультъ Веллейана все-таки вернулся къ намъ украдкой, подъ покровомъ неотчуждаемости приданаго. Это его послѣднее убѣжище, единственная и солиднѣйшая крѣпость, за которой собираются всѣ оставшіеся его защитники. Всѣ другія позиціи, слишкомъ трудныя для защиты, брошены: никто не требуетъ болѣе Веллейановской неспособности, какъ общаго закона для всего пола; о ней не говорятъ болѣе и въ смыслѣ абсолютнаго закона для всѣхъ замужнихъ женщинъ. Но если запрещеніе сенатусъ-консульта не можетъ быть въ наше время общимъ и абсолютнымъ закономъ, то сохранимъ его, говорятъ намъ, по крайней мѣрѣ, въ формѣ факультативнаго условія брачныхъ договоровъ; не откажемъ отцу семейства въ законномъ желаніи обезпечить, путемъ строгаго примѣненія системы приданаго, будущее его дочери и внуковъ.

Надо согласиться, что на этой почвѣ сенатусъ-консультъ Веллейана покрытъ противъ сильнѣйшихъ изъ предъявляемыхъ къ

нему возраженій. Онъ представляется уже не личной привиллегіей, ограждающей слабость и неопытность женщины, а чѣмъ-то въ родѣ реальной гарантіи, обезпечивающей и укрѣпляющей неотчуждаемость приданаго. Разсматриваемый съ этой точки зрѣнія, онъ не предполагаетъ у жены никакой природной неспособности—такъ же, какъ законы о субституціи и законной долѣ въ наслѣдствѣ не предполагаютъ естественной неспособности ни въ наслѣдникѣ, ни въ завѣщателѣ: неспособность лица является здѣсь лишь послѣдствіемъ и необходимой гарантіей неотчуждаемости вещи. Такимъ образомъ, споръ идетъ уже не о гражданской способности пола, которая не оспаривается; онъ переносится на почву неотчуждаемости приданаго и долженъ быть ограниченъ этой почвой.

Порядокъ приданаго (я даю сначала слово его защитникамъ) не представляетъ собою, что бы о немъ ни говорили, произвольнаго и случайнаго уклоненія отъ принциповъ общаго права. Онъ представляется, напротивъ, выраженіемъ общаго и постояннаго закона, который признавался въ различныхъ формахъ во всѣ вѣка и у всѣхъ народовъ,—закона сохраненія имущества въ семьѣ. Всѣ законодатели чувствовали потребность установленія, рядомъ съ движимымъ имуществомъ,—которое, подчиняясь колебаніямъ торговли, безпрестанно оборачивается, видоизмѣняется, погибаетъ и снова возрождается,—другого имущества, болѣе постояннаго и твердаго, служащаго, какъ бы, запаснымъ фондомъ для будущихъ поколѣній. Отсюда возникли законная доля въ наслѣдствѣ, родовой выкупъ, субституціи, майораты; отсюда, наконецъ, и порядокъ приданаго. Во всемъ различіи этихъ формъ нужно признать одинъ и тотъ же всеобщій законъ, руководящій съ древнѣйшаго времени образованіемъ человѣческихъ обществъ. Доказательства въ подтвержденіе этой мысли приведены уже на первыхъ страницахъ настоящаго сочиненія. Семейная собственность предшествовала въ историческомъ порядкѣ собственности индивидуальной. Человѣкъ отказался отъ кочевой жизни, скрѣпился съ землей и началъ строиться и обрабатывать свое поле только тогда, когда, основавъ семью, онъ могъ надѣяться на то, что переживетъ себя и увѣковѣчитъ нѣкоторымъ образомъ свое земное существованіе въ рядѣ нисходящихъ поколѣній. Если бы онъ былъ одинъ, то пришла ли бы ему въ голову мысль объ усвоеніи себѣ той земли, по которой онъ лишь проходилъ, и которая тотчасъ же утрачи-

вала слѣдъ его кратковременнаго присутствія? Эта идея проходитъ черезъ всѣ древнія законодательства: земля не была еще тѣмъ, чѣмъ она стала впослѣдствіи—предметомъ торговли, мѣновой цѣнности, обращающейся по рукамъ; съ нею связывалось все, что для человѣка было самаго дорогого и святого: въ ней покоились его предки, жили пенаты, и первымъ его долгомъ было передать потомкамъ тотъ священный клочокъ земли, который онъ самъ получилъ отъ своихъ предковъ [1]). Правда, что впослѣдствіи успѣхи торговли и осложненіе соціальныхъ отношеній измѣнили простоту древнихъ законовъ, и индивидуальное право собственника стало постепенно отдѣляться отъ коллективнаго права семьи. Сначала была признана возможность продажи наслѣдственнаго имѣнія, а потомъ — и завѣщанія. Такимъ образомъ, право семьи отступало мало-по-малу передъ успѣхами гражданской свободы, но оно никогда не исчезало и не могло исчезнуть: если бы законъ отказалъ ему когда-нибудь въ своемъ освященіи, онъ расшаталъ бы въ основаніи самый строй семьи.

Вотъ почему и всѣ новыя законодательства обезпечиваютъ путемъ различныхъ учрежденій сохраненіе семейнаго имущества. Римское право имѣло свои неограниченныя субституціи; Испанія имѣетъ свои майораты; Австрія, Пруссія, Баварія и всѣ германскія государства практикуютъ семейные договоры; Россія знаетъ родовой выкупъ; Англія владѣетъ въ своихъ *entails* системой субституцій, которыя, хотя и срочны, возобновляются, тѣмъ не менѣе, въ каждомъ поколѣніи и связываются между собою непрерывной и неограниченной цѣпью. Во всѣхъ этихъ странахъ опытъ вѣковъ служитъ оправданіемъ (это, по крайней мѣрѣ, утверждается) названныхъ учрежденій, которыя были плодотворны и благодѣтельны какъ въ матеріальномъ, такъ и въ нравственномъ отношеніи. Укрѣпляя семью, они укрѣпляли и само государство Тогда какъ разлагающее вліяніе торговли дробило землю и разсыпало ее въ пыль, эти учрежденія поддерживали цѣлость боль-

---

[1]) Платонъ, *De Leg.*, XI (изд. Didot, II, стр. 468): „Друзья, ужели вамъ, мимолетно проходящимъ черезъ этотъ міръ, рѣшать, что будетъ съ вашими богатствами? Я, законодатель, говорю вамъ, что вы не господа ни надъ вашими богатствами, ни надъ вами самими; вы и ваше имущество принадлежите вашему народу, т.-е. вашимъ предкамъ и вашему потомству“.

шихъ имѣній, покровительствовали развитію крупнаго хозяйства и создавали этимъ путемъ, на ряду съ вѣчно колеблющимся богатствомъ, болѣе постоянный и менѣе хрупкій элементъ народнаго благосостоянія. Сверхъ того, они создали то, что еще дороже, а именно—на ряду съ подвижнымъ населеніемъ, не такъ связаннымъ съ землею и поэтому, можетъ быть, менѣе любящимъ отечество,—населеніе сидячее, которое сохраняетъ, вмѣстѣ съ семейныами имуществами, и культъ домашнихъ традицій, и привязанность къ учрежденіямъ прошлаго.

Мало озабоченные, повидимому, доставленіемъ перечисленныхъ выгодъ своему отечеству, наши современные законодатели порвали насильственно съ прошлымъ: они запретили договоры о будущемъ наслѣдствѣ, изгнали субституціи, уничтожили майораты и отмѣнили право жены въ имуществѣ мужа (*douaire*); даже законы, возстановившіе законную долю въ наслѣдствѣ и ограничившіе свободу завѣщанія, имѣли цѣлью или, по крайней мѣрѣ, результатомъ не сохраненіе имущества въ семьѣ, но гораздо болѣе—раздробленіе и мобилизированіе земли путемъ умноженія и уравненія раздѣловъ. Изъ всѣхъ указанныхъ охранительныхъ учрежденій прежняго времени сохранилось теперь только одно; это—приданое, тѣмъ болѣе важное и дорогое, что имъ однимъ представляется цѣлый классъ полезныхъ и исчезнувшихъ учрежденій; имъ же однимъ сколько-нибудь уравновѣшивается теперь и все болѣе и болѣе безпорядочный и рискованный ходъ торговой спекуляціи. Это понято общественнымъ мнѣніемъ, и практика приданаго растетъ въ настоящее время съ каждымъ днемъ; она не ограничивается болѣе, какъ это было прежде, нашими старыми провинціями „писаннаго права“, а проникаетъ и въ Парижъ, и въ большіе торговые города нашего Сѣвера. И въ то время, какъ нѣкоторые теоретики не перестаютъ повторять, что приданое отжило свой вѣкъ и близко къ смерти, оно, исполненное жизни и будущаго, продолжаетъ свое побѣдоносное шествіе.

Если, говорятъ далѣе защитники неотчуждаемости приданаго, между всѣми охранительными учрежденіями древняго права есть такое, которое заслуживаетъ особенной пощады передъ реформами новаго законодательства, то, конечно, это — порядокъ приданаго. Ограниченная продолжительностью брака, неотчуждаемость приданаго не переходитъ никогда этой тѣсной границы, за которой

она рискуетъ сдѣлаться преградой для оборота и стѣсненіемъ для домашняго хозяйства. Кромѣ того, подобная неотчуждаемость не принудительна, а факультативна: лишать отца при назначеніи приданаго своей дочери права ставить условіе, диктуемое ему привязанностью къ надѣляемой приданымъ и осторожностью, значило бы посягать на священный принципъ, принципъ свободы договоровъ, и стѣснять какъ разъ тотъ договоръ, которому законъ долженъ оказывать особое покровительство. Что бы дѣлали родители, если бы у нихъ была отнята гарантія неотчуждаемости приданаго? Они не стали бы рисковать своимъ имуществомъ и свели бы приданое дочери на простое обѣщаніе пенсіона: если бы женихъ не захотѣлъ удовольствоваться этимъ обѣщаніемъ, не всегда вѣрнымъ, то препятствованіе браку шло бы отъ самого закона, не допускающаго неотчуждаемости приданаго.

И дѣйствительно, между всѣми брачными системами нѣтъ такой, которая въ бо́льшей степени, чѣмъ система приданаго, отвѣчала бы заботливости и справедливому недовѣрію отцовъ семейства. Нигдѣ не установлено такого равновѣсія между соотвѣтственными правами обоихъ супруговъ. Если вѣрно, что для хорошаго управленія какъ домомъ, такъ и государствомъ, нужна комбинація, въ мѣрѣ должнаго, принциповъ сохраненія и прогресса, то никогда эта комбинація не осуществлялась лучше, чѣмъ въ системѣ приданаго. Все домашнее имущество дѣлится здѣсь на двѣ части: одна, неподвижная и неизмѣнная служитъ для семьи ея запаснымъ фондомъ; это — приданое жены; другая, предоставленная свободному распоряженію главы дома, подлежитъ измѣненію, росту, потерѣ, употребленію на торговлю и промышленность; это—имущество мужа. Такъ осуществляется принципъ, провозглашенный болѣе 2000 лѣтъ тому назадъ геніемъ античной науки,—принципъ, на столько же истинный теперь, какъ и тогда: „Домашнія функціи не одинаковы для обоихъ супруговъ: дѣло мужа—пріобрѣтать, дѣло жены—сохранять“ [1]).

Мы приходимъ, такимъ образомъ, въ центральному пункту нашего изслѣдованія: къ опредѣленію способности и роли жены въ семьѣ. Вотъ гдѣ настоящая спорная почва, и, отвѣчая на приве-

---

[1]) Аристотель, *Polit.*, III, 2, 10.—Ср. *Econom.*, 3.

денные сейчасъ въ пользу неотчуждаемости приданаго аргументы, мы станемъ, прежде всего, на эту почву.

Да, Аристотель былъ правъ, когда говорилъ что жена должна представлять въ домѣ элементъ сохраненія. Но сохраненіе не то, что застой и бездѣйствіе. Чтобы сохранить богатство и помѣшать его поврежденію или уничтоженію, нужно почти столько же заботливости, бдительности и дѣятельности, какъ и для его пріобрѣтенія. Можетъ ли жена исполнять эту роль при системѣ приданаго? Конечно, нѣтъ, такъ какъ, исключенная изъ участія въ дѣлахъ дома, осужденная на пассивное положеніе, она въ этой системѣ такъ же безсильна сохранять, какъ и пріобрѣтать. Это охраняющее вліяніе, которое считаютъ не безъ основанія ея особой функціей, она можетъ производить гораздо скорѣе при супружеской общности имуществъ: здѣсь не предпринимается, какъ мы знаемъ, ни одного важнаго рѣшенія безъ согласія обоихъ супруговъ, и духъ осторожности жены можетъ всегда наложить свою здоровую узду на излишнюю предпріимчивость мужа. Въ системѣ приданаго, напротивъ, неспособную и обращенную въ ничто жену замѣняетъ законъ, и мы видимъ поэтому, вмѣсто умѣряющаго вліянія жены, непреклонное запрещеніе закона, мѣсто охраненія— неподвижность.

Нужно сказать еще болѣе: беря на себя самого ту умѣрящую роль, которая можетъ быть исполнена одной женой, законъ далеко переступаетъ цѣль, которой онъ задается. Парализируя дѣятельность жены, онъ парализируетъ въ то же время и дѣятельность мужа. Это послѣдствіе неизбѣжно: законодатель не можетъ наложить на жену неспособности, не защищая ее одновременно легальной ипотекой; онъ не можетъ сказать ей „не дѣйствуй“, не прибавляя сейчасъ же: „я буду дѣйствовать за тебя и приму самъ всѣ необходимыя мѣры для обезпеченія твоихъ правъ“. Такимъ образомъ, онъ вынужденъ обременить легальной ипотекой всю недвижимость мужа. Эта ипотека будетъ необходимо неопредѣленна, такъ какъ претензіи жены могутъ каждый день расти; кромѣ того, она будетъ непередаваема, такъ какъ для ея передачи или отреченія отъ нея жена должна обладать какъ разъ той способностью, которую законъ у нея отрицаетъ. Что же представляетъ собою обремененіе собственника такой общей ипотекой, которую онъ не можетъ никогда ни погасить, ни предвидѣть, или

ограничить въ ея размѣрѣ, какъ не обезцѣненіе собственности и не разрушеніе кредита собственника? Поэтому вѣрно, что законъ переходитъ за свою цѣль и, желая связать и сдѣлать неподвижнымъ одно приданое, онъ осуждаетъ на неподвижность и все домашнее имущество. Поэтому же не системѣ приданаго осуществить тотъ идеалъ, который указывался выше и который видятъ въ комбинаціи принципа сохраненія въ примѣненіи къ имуществу жены, и принципа свободы въ примѣненіи къ имуществу мужа. Но всѣ подобныя комбинаціи химеричны вообще, такъ какъ бракъ, уже по своей природѣ, устанавливаетъ между интересами супруговъ такую солидарность, которая не можетъ быть разрушена ухищреніями законовъ. Одно изъ двухъ: или жена свободна и дѣятельна, какъ это имѣетъ мѣсто въ системѣ общности имуществъ супруговъ, которой обезпечивается само собою свободная и плодотворная дѣятельность мужа; или она связана, какъ мы видимъ это въ системѣ приданаго, которой такъ же само собою связывается и мужъ.

Такимъ образомъ, неотчуждаемость приданаго гораздо менѣе ограничена, чѣмъ это можетъ казаться съ перваго взгляда: ограниченная въ своемъ предметѣ, она простираетъ, тѣмъ не менѣе, свое вліяніе на все имущество семьи; ограниченная въ своей продолжительности, она все-таки осуждаетъ обоихъ супруговъ, на бездѣйствіе и немощь какъ разъ въ тотъ возрастъ, когда они еще сильны и дѣятельны: начинаясь съ бракомъ и оканчиваясь чаще всего съ нимъ, эта неотчуждаемость лишаетъ человѣка гражданской свободы въ то время, когда онъ сумѣлъ бы воспользоваться ею, и возвращаетъ ему эту свободу въ старости, когда онъ не сдѣлаетъ изъ нея ничего. Надо, слѣдовательно, признать, что неотчуждаемость, устанавливаемая системой приданаго, если не всеобщая, то, во всякомъ случаѣ, общая, и поэтому защищать превосходство этой системы нельзя иначе, какъ защищая въ то же время, въ видѣ общей тезы, пользу и справедливость неотчуждаемости семейнаго имущества. Такова, дѣйствительно, какъ мы это уже знаемъ, точка отправленія нашихъ противниковъ, и обсужденіе ихъ тезиса оставалось бы неполнымъ, если бы мы не послѣдовали на минуту за ними и на эту почву.

Здѣсь мы наталкиваемся какъ разъ на теорію, которая дѣлаетъ изъ собственности на недвижимое имущество коллективное

право всей семьи. Я не хочу отрицать права семьи и не хочу даже изслѣдовать его границъ, такъ какъ подобное изслѣдованіе обязало бы меня къ слишкомъ длинному отступленію. Скажу лишь, что семья, каковы бы ни были предполагаемыя за нею права, имѣетъ для управленія и защиты своихъ интересовъ только одного активнаго и способнаго представителя, и этотъ представитель есть въ каждомъ поколѣніи отецъ семейства. Слѣдовательно, управленіе и возможно полезная въ интересахъ всего потомства эксплоатація имущества, оставленнаго предками, есть право и, если угодно, обязанность отца семейства. Я ничего не имѣю противъ того, чтобы осуществленіе этого права и этой обязанности сопровождалось строгой санкціей: если отецъ семейства расточаетъ имущество, то возьмите его подъ опеку; если онъ хочетъ перевести это имущество въ чужія руки, кассируйте его даренія и отказы. Но не идите дальше: не лишайте его права продажи, займа, торговыхъ сдѣлокъ, такъ какъ, если Вы зайдете такъ далеко, запретивъ эксплоатацію и улучшеніе его имущества, то вы обезпечите не сохранность семейнаго имущества, а лишь его неподвижность и постепенное уничтоженіе.

Изъ сказаннаго видно, что не стѣсненіе свободы обмѣна и торговли можетъ обезпечить сохраненіе большихъ состояній и знатныхъ семействъ. Мнѣ нѣтъ даже надобности входить здѣсь въ практическое и экономическое разсмотрѣніе вопроса о выгодахъ и невыгодахъ охранительной системы моихъ противниковъ. Этотъ вопросъ не имѣетъ ничего общаго съ порядкомъ приданаго. Если законодатель хочетъ остановить паденіе древнихъ семействъ и расщепленіе поземельной собственности, то пусть онъ обращается къ субституціямъ, праву старшаго сына и т. д., но никакъ не къ неотчуждаемости приданаго, которая не можетъ служить средствомъ для достиженія предположенной имъ цѣли. Никакія запрещенія, касающіяся приданаго, не сдѣлаютъ ничего противъ дробленія наслѣдствъ, такъ какъ, препятствуя обманамъ, они не будутъ препятствовать раздѣламъ [1]); они не сдѣлаютъ ничего и про-

---

[1]) Система приданаго служитъ въ настоящее время скорѣе препятствіемъ къ образованію крупной собственности: „Несчастье—говоритъ Homberg (*Abus du régime dotal*, стр. 257),—собственнику, имѣніе котораго граничитъ съ землей, составляющей приданое!.. Эта граница для него непереступима, и никогда онъ не будетъ въ состояніи расширить въ эту сто-

тивъ обѣдненія древнихъ семействъ, такъ какъ имущество становится приданымъ лишь тогда, когда оно выходитъ изъ семьи его прежняго владѣльца — для того, чтобы перейти въ новую семью и вступить въ обладаніе чужого владѣльца. И дѣйствительно, никогда аристократическія законодательства не искали въ системѣ приданаго гарантій для сохраненія семейнаго имущества. Они, напротивъ, отвергали въ большинствѣ случаевъ эту систему или, допуская ее, тѣсно ограничивали ея дѣйствіе. Напримѣръ, въ нашихъ провинціяхъ „писаннаго права" феодальныя учрежденія не могли связаться съ системой приданаго, не смягчивъ ея строгости: благодаря субституціямъ, праву старшаго сына, исключенію дочерей и т. д., приданое и ипотека, какъ послѣдствія этихъ учрежденій, были ограничены самыми минимальными размѣрами, и именно потому что доля дочерей была сведена къ строго необходимому минимуму, обезпеченіе, по крайней мѣрѣ, этого минимума казалось благоразумнымъ и справедливымъ. Я уже замѣчалъ, что всѣ ограниченія правоспособности связываются между собою неумолимой логикой, и когда женщинѣ предоставляютъ полную способность къ наслѣдованію и пріобрѣтенію, то нельзя безнаказанно и не погрѣшая противъ логики осуждать ея имущество на неподвижность. Привиллегія дѣлается злоупотребленіемъ въ рукахъ тѣхъ, кто уже пользуется всѣми преимуществами общаго права, и неотчуждаемость становится нестерпимой, когда она налагается на цѣлую совокупность имуществъ, ничѣмъ не ограниченныхъ въ своемъ размѣрѣ.

Вотъ почему неотчуждаемость приданаго, — вызывавшая противъ себя у насъ уже въ дореволюціонное время столь ожесточенныя нападки, что королевскіе ордонансы должны были отмѣнить ее для нѣкоторыхъ провинцій [1]), — подвергается въ наши дни еще болѣе сильной и еще болѣе оправдываемой обстоятельствами критикѣ. Эта критика выходитъ часто, что достойно замѣчанія, изъ тѣхъ провинцій, которыя, практикуя систему приданаго, въ видѣ общаго правила, могутъ лучше другихъ оцѣнить ея достоинства и недостатки. Вотъ, напр., заключеніе одного нормандскаго судьи,

---

ровѣ свое имѣніе... Уничтожьте систему приданаго, облегчите и обезпечьте обмѣны, и вы скоро увидите, какъ выраститъ крупная собственность".

[1]) Ордонансъ 1664 г.—См. выше, стр. 397.

описывавшаго еще недавно съ большимъ знаніемъ дѣла и языкомъ очевидца всѣ роковыя послѣдствія системы приданаго: „Средство помочь указанному злу просто: одинъ росчеркъ пера по главѣ о приданомъ въ гражданскомъ кодексѣ, и наше законодательство будетъ закончено въ своемъ единствѣ“ [1]).

Мы не смѣемъ съ нашей стороны присоединиться къ желанію нормандскаго судьи и не довѣряемъ реформѣ, которая хочетъ *однимъ почеркомъ пера* вычеркнуть изъ нашихъ законовъ систему приданаго. Но мы отступаемъ предъ этой радикальной реформой не изъ страха совершить посягательство на свободу договоровъ, такъ какъ ничего не можетъ быть противорѣчивѣе того, какъ призывать гражданскую свободу въ пользу учрежденій, направленныхъ къ ея разрушенію. Мы не опасаемся и уменьшенія браковъ, такъ какъ еще Монтескьё говорилъ, что „юношей слѣдуетъ ободрять на бракъ“, и ничто не можетъ такъ мало ободрить ихъ на него, какъ стѣснительныя препятствія, поставленныя ему въ системѣ приданаго. Если эта система, несмотря на всѣ свои пороки, имѣетъ еще право на нѣкоторую пощаду со стороны законодателя, то это только потому, что за нее говоритъ состояніе владѣнія, и что она еще въ наше время глубоко вкоренена въ нравы цѣлой половины французскихъ провинцій. Это состояніе владѣнія не доказываетъ, правда, ничего, такъ какъ о злоупотребленіи можно сказать то же, что и о дурной травѣ: нѣтъ ничего, что росло бы такъ быстро, представляя, въ то же время, столько трудностей въ смыслѣ искорененія. Но преимущества состоянія владѣнія должны, по крайней мѣрѣ, защитить систему приданаго отъ внезапной и слишкомъ крутой отмѣны. Законодательныя реформы нельзя вообще производить иначе, какъ съ возможной пощадой и медленностью; чтобы быть дѣйствительными и прочными, онѣ должны, одновременно съ законами, проходить и въ нравы. Въ современномъ же

[1]) Homberg, *Abus du régime dotal*, Rouen, 1849. См. также *Du régime dotal et de la nécessité d'une réforme*, par Marcel, notaire, Louviers, 1842.— Батби, тоже принадлежащій по своему рожденію къ мѣстности, гдѣ господствуетъ система приданаго, и соединяющій съ авторитетомъ юриста и экономиста авторитетъ свидѣтеля-очевидца, выражается приблизительно въ тѣхъ же словахъ. Batbie, *Cours d'économie politique*, т. II, стр. 102, и *Révision du Code Napoléon* въ *Correspondant*, janv. 1866, стр. 90.

положенiи нравовъ и общественнаго мнѣнiя миссiя законодателя должна, какъ это кажется, заключаться въ томъ, чтобъ примирить, въ мѣрѣ возможнаго, охранительные принципы системы приданаго съ принципами гражданской свободы и потребностями оборота. Я предлагаю двѣ поправки, которыя могли бы, кажется, лучше всего смягчить, ничего не разрушая, слишкомъ рѣзкую строгость принципа неотчуждаемости приданаго:

1) Имущество, составляющее приданое, всегда можетъ быть отчуждено съ обязательствомъ возстановленiя его для отчуждающаго, въ формѣ не только недвижимости, но и государственной ренты, акцiй французскаго банка, облигацiй поземельнаго кредита и французскихъ желѣзныхъ дорогъ;

2) Имущество, составляющее приданое, можетъ быть всегда отчуждено даже безъ обязательства его возстановленiя, но съ разрѣшенiя суда. Жена можетъ при томъ же разрѣшенiи заложить приданое и уступить свою легальную ипотеку. Покровительственный и разумный контроль судовъ замѣнитъ непреклонное и слѣпое сопротивленiе закона[1]).

Такимъ образомъ женщина, вступившая въ бракъ на основанiи порядка приданаго, не могла бы ни обязываться, ни отчуждать приданаго иначе, какъ съ разрѣшенiя судовъ; она была бы всетаки неспособна. Но эта неспособность не нова: въ ней не трудно узнать въ смягченной формѣ ту же неспособность, которая была установлена 18 вѣковъ тому назадъ сенатусъ-консультомъ Веллейана. Слѣдовательно, замѣчанiе, сдѣланное нами въ самомъ началѣ настоящаго изслѣдованiя, вѣрно: римскiй сенатусъ-консультъ заключалъ въ себѣ, подъ видомъ мѣстнаго и временнаго распоряженiя, принципъ, который долженъ былъ импонировать почти всей Европѣ въ теченiе длиннаго ряда вѣковъ. Мы нашли этотъ принципъ въ кодексѣ Наполеона и видимъ теперь, что онъ переживаетъ себя въ новой формѣ даже въ тѣхъ законодательныхъ реформахъ, на которыя современное состоянiе нравовъ даетъ право разсчитывать. Но если онъ продолжаетъ все свое существованiе, то мы констатируемъ и процессъ его постояннаго ослабленiя: имѣя общее значенiе въ римскомъ правѣ, онъ изго-

---

[1]) Это уже установлено въ новомъ италiанскомъ кодексѣ, ст. 1405.

няется современнымъ закономъ внѣ области общаго права, въ тѣсную сферу порядка приданаго; непреклонный еще въ современномъ правѣ, онъ долженъ впослѣдствіи, съ успѣхами законодательства, сдѣлаться гибкимъ и послушнымъ орудіемъ въ рукахъ судей. Юриспруденція, такъ же подвижная и прогрессивная, какъ общественные нравы и потребности, точно ею отражаемые, сумѣетъ постепенно и безъ потрясеній ослабить столь стѣснительныя еще въ наши дни ограниченія, налагаемыя порядкомъ приданаго. И наступитъ, безъ сомнѣнія, день, когда принципъ равной гражданской свободы для обоихъ половъ, проникая глубже въ нравы и въ законы, сотретъ послѣдніе слѣды сенатусъ-консульта Веллейана.



ОГЛАВЛЕНІЕ.